

## ACÓRDÃO - INTEIRO TEOR

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. TRIBUTO  
SUJEITO A LANÇAMENTO POR HO-  
MOLOGAÇÃO. PRAZO. DEZ ANOS.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP  
Nº 276.142 - SP (2003/0045444-9)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

EMBARGANTE: FAZENDA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO

PROCURADOR: ANNA MARIA DE C. RI-  
BEIRO E OUTROS

EMBARGADO: ANA MARIA VEIGA TOR-  
RES ZOLTAY

ADVOGADO: YEDA GRANADO DE SOUSA  
ROMEU

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO  
SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLO-  
GAÇÃO. TERMO INICIAL.

1. O crédito tributário constitui-se, defi-  
nitivamente, em cinco anos, porquanto  
mesmo que o contribuinte exerça o paga-  
mento antecipado ou a declaração de dé-  
bito, a Fazenda dispõe de um quinquênio  
para o lançamento, que pode se iniciar,  
*sponte sua*, na forma do art. 173, I, mas  
que de toda sorte deve estar ultimado no  
quinquênio do art. 150, § 4º.

2. A partir do referido momento, inicia-se  
o prazo prescricional de cinco anos para a  
exigibilidade em juízo da exação, impli-  
cando na tese uniforme dos cinco anos,  
acrescidos de mais cinco anos, a regular  
a decadência na constituição do crédito  
tributário e a prescrição quanto à sua exi-  
gibilidade judicial.

3. Inexiste, assim, antinomia entre as nor-  
mas dos arts. 173 e 150, § 4º do Código  
Tributário Nacional.

4. Deveras, é assente na doutrina: “a apli-  
cação concorrente dos artigos 150, § 4º e  
173, o que conduz a adicionar o prazo do  
artigo 173 - cinco anos a contar do exer-  
cício seguinte àquele em que o lançamento  
poderia ter sido praticado — com o prazo  
do artigo 150, § 4º - que define o pra-

zo em que o lançamento poderia ter sido  
praticado como de cinco anos contados da  
data da ocorrência do fato gerador. Desta  
adição resulta que o *dies a quo* do prazo  
do artigo 173 é, nesta interpretação, o pri-  
meiro dia do exercício seguinte ao do *dies  
ad quem* do prazo do artigo 150, § 4º.

A solução é deplorável do ponto de vista  
dos direitos do cidadão porque mais que  
duplica o prazo decadencial de cinco anos,  
arraigado na tradição jurídica brasileira  
como o limite tolerável da insegurança  
jurídica.

Ela é também juridicamente insustentável,  
pois as normas dos artigos 150, § 4º e 173  
não são de aplicação cumulativa ou con-  
corrente, antes são reciprocamente exclu-  
dentes, tendo em vista a diversidade dos  
pressupostos da respectiva aplicação: o  
art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos  
tributos ‘cuja legislação atribua ao sujeito  
passivo o dever de antecipar o pagamento  
sem prévio exame da autoridade adminis-  
trativa’; o art. 173, ao revés, aplica-se aos  
tributos em que o lançamento, em princí-  
pio, antecede o pagamento.

(•••)

A ilogicidade da tese jurisprudencial no  
sentido da aplicação concorrente dos arti-  
gos 150, § 4º e 173 resulta ainda evidente  
da circunstância de o § 4º do art. 150 de-  
terminar que considera-se ‘definitivamen-  
te extinto o crédito’ no término do prazo  
de cinco anos contados da ocorrência do  
fato gerador. Qual seria pois o sentido de  
acrescer a este prazo um novo prazo de  
decadência do direito de lançar quando o  
lançamento já não poderá ser efetuado em  
razão de já se encontrar ‘definitivamente  
extinto o crédito’? Verificada a morte do  
crédito no final do primeiro quinquênio,  
só por milagre poderia ocorrer sua ressur-  
reição no segundo.” (XAVIER, Alberto. *Do  
Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Pro-  
cedimento e do Processo Tributário*. 2. ed.  
Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 92 a 94).

5. Na hipótese, considerando-se a fluência do prazo decadencial a partir de 01.01.1991, não há como se afastar a decadência decretada, já que a inscrição da dívida se deu em 15.02.1996.

6. Embargos de Divergência rejeitados.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conhecer dos embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki (voto-vista), Castro Meira, Denise Arruda, José Delgado e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro

Francisco Falcão (RISTJ, art 162, § 2º).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro

Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2004  
(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP  
Nº 276.142 - SP (2003/0045444-9)  
RELATÓRIO

0 EXM0. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Cuida-se de Embargos de Divergência opostos pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de acórdão prolatado pela C. Segunda Turma, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. DECADÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 142, 150, § 4º, E 173, I, DO CTN - PRECEDENTE.

- Nos tributos lançados por homologação, a constituição do crédito tributário deverá ser efetuada pela autoridade administrativa dentro de cinco anos, contados do primeiro dia do ano subsequente ao do fato gerador.

- Na hipótese, considerando-se a fluência do prazo decadencial a partir de 01.01.91, não há como afastar-se a decadência decretada, já que a inscrição da dívida se deu em 15.02.96.

- Recurso conhecido pela letra “c”, porém, improvido.

Afirma a Embargante a existência de dissídio pretoriano, que demonstra colacionando o acórdão proferido pela C. Primeira Turma no RESP nº 148.698-SP, espelhado na seguinte ementa:

Tributário. Execução Fiscal. Lançamento por Homologação. Prazo Decadencial. CTN, artigos 150, § 4º, 156 e 173.

1. O direito da Fazenda constituir o crédito tributário extingue-se após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos, contados da homologação tácita do lançamento.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso sem provimento.

Admitidos os Embargos, transcorreu *in al-bis* o prazo para impugnação.

É o relatório.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP  
Nº 276.142 - SP (2003/0045444-9)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL.

1. O crédito tributário constitui-se, definitivamente, em cinco anos, porquanto mesmo que o contribuinte exerça o pagamento antecipado ou a declaração de débito, a Fazenda dispõe de um quinquênio para o lançamento, que pode se iniciar, *sponte sua*, na forma do art. 173, I, mas que de toda sorte deve estar ultimado no quinquênio do art. 150, § 4º.

2. A partir do referido momento, inicia-se o prazo prescricional de cinco anos para a exigibilidade em juízo da exação, implicando na tese uniforme dos cinco anos, acrescidos de mais cinco anos, a regular a decadência na constituição do crédito tributário e a prescrição quanto à sua exigibilidade judicial.

3. Inexiste, assim, antinomia entre as normas do art. 173 e 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

4. Deveras, é assente na doutrina: “a aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173, o que conduz a adicionar o prazo do artigo 173 — cinco anos a contar do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido praticado — com o prazo do artigo 150, § 4º — que define o prazo em que o lançamento poderia ter sido praticado como de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Desta adição resulta que o dies a quo do prazo do artigo 173 é, nesta interpretação, o primeiro dia do exercício seguinte ao do dies ad quem do prazo do artigo 150, § 4º.

A solução é deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica.

Ela é também juridicamente insustentável, pois as normas dos artigos 150, § 4º e 173 não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes, são reciprocamente excluídas, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos ‘cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa’; o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

(...)

A ilicitude da tese jurisprudencial no sentido da aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173 resulta ainda evidente da circunstância de o § 4º do art. 150 determinar que considera-se ‘definitivamente extinto o crédito’ no término do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Qual seria pois o sentido de acrescentar a este prazo um novo prazo de decadência do direito de lançar quando o lançamento já não poderá ser efetuado em

razão de já se encontrar ‘definitivamente extinto o crédito’? Verificada a morte do crédito no final do primeiro quinquênio, só por milagre poderia ocorrer sua ressurreição no segundo.” (XAVIER, Alberto. *Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário* Forense, Rio de Janeiro, 2. ed., 1998, p. 92 a 94).

5. Na hipótese, considerando-se a fluência do prazo decadencial a partir de 01.01.1991, não há como afastar-se a decadência decretada, já que a inscrição da dívida se deu em 15.02.1996.

6. Embargos de Divergência rejeitados.

VOTO

0 EXM0. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata a presente demanda, originariamente, de Embargos à Execução Fiscal, julgados improcedentes.

Este entendimento restou parcialmente mantido pelo Eg. Tribunal *a quo*, que reconheceu a ocorrência da decadência para a constituição do crédito em questão, referente ao ICMS, cujo respectivo fato gerador verificou-se em 1990, porquanto o lançamento somente foi efetivado em 1996.

Interposto Recurso Especial, foi este desprovido, nos termos da ementa acima transcrita.

Nos presentes Embargos de Divergência pretende a Embargante que prevaleça o entendimento externado quando do julgamento do RESP 148.698-SP, segundo o qual, nos termos do art. 174 c/c 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário somente se opera após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento, o que levado às últimas consequências vai permitir o decurso de um prazo de 15 anos entre a constituição do crédito e a exigibilidade do crédito, infirmando a jurisprudência da Seção.

Inicialmente cumpre tecer algumas considerações relevantes ao deslinde da controversia posta.

Nas hipóteses de lançamento por homologação a individualização do dever tributário - obrigação e crédito, prescinde de ato administrativo de individualização da norma abstrata e geral, essencial nas demais modalidades de tributos. Exsurge a partir do fato gerador do tributo, não só a obrigação de declarar e quantificar o tributo, mas também a obrigação de pagá-lo. Diante destas considerações, a escorreita exegese conduz à conclusão de que, não exigindo o sistema constitucional que a pretensão tributária trilhe o caminho do lançamento, mostra-se perfeitamente viável o nascimento do crédito tributário sem ato de lançamento.

Esclareça-se, com apoio no irretocável magistério de Sacha Calmon Navarro Coelho, que o lançamento é ato administrativo de aplicação da lei ao caso concreto. Na expressão do i. jurista, “o lançamento aplica a lei, não é lei, não podendo, pois, criar o crédito a ser pago pelos sujeitos passivos da obrigação”. E prossegue: “é erro rotundo dizer que o lançamento institui o crédito. O erro continua redondo para aqueles que querem conciliar correntes inconciliáveis e proclamam que o lançamento declara a obrigação e constitui o crédito. A obrigação nem sempre necessita ser declarada, e o crédito nasce sempre com ela. Portanto, o lançamento apenas confere exigibilidade ao crédito - quando isto for necessário - ao individualizar o comando impessoal da norma (como é de sua natureza de ato tipicamente administrativo)” (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 1. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999). A obrigação tributária surge quando da ocorrência do fato gerador. E com ela surge o crédito tributário. Os atos jurídicos que integram o procedimento do lançamento são atos de aplicação do Direito, da lei tributária, em cumprimento ao princípio axiomático de que a atividade administrativa consiste na

aplicação de ofício da lei. O lançamento, em sua acepção jurídico-positiva atual, é meio de operar-se a aplicação concreta da norma tributária ao fato jurídico.

Relativamente ao denominado lançamento por homologação, o que ocorre não é a homologação do lançamento efetuado pelo contribuinte, visto que, a teor do que dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa, mas a convalidação da operação intelectual efetuada pelo sujeito passivo, valorando sua situação de vida de forma a conformá-la ao conteúdo da norma tributária, diversamente do que ocorre no lançamento de ofício ou por declaração, onde há a prática de um ato de aplicação do Direito, provida da atividade administrativa privativa, outorgada pelo citado art. 142. O que se homologa, portanto, nas hipóteses de lançamento por homologação não é ato de lançamento, mas a atividade do sujeito passivo tendente à *satisfação do crédito tributário*.

Fixado o conceito de lançamento, adentrando mais a fundo na análise do chamado “lançamento por homologação”, discorreu com precisão Paulo de Barros Carvalho:

“A conhecida figura do lançamento por homologação é um ato jurídico administrativo de natureza confirmatória, em que o agente público, verificado o exato implemento das prestações tributárias de determinado contribuinte, declara, de modo expresso, que obrigações houve, mas que se encontram devidamente quitadas até aquela data, na estrita consonância dos termos da lei. Não é preciso despender muita energia mental para notar que a natureza do ato homologatório difere da do lançamento tributário. Enquanto aquele primeiro anuncia a extinção da obrigação, estoutro declara o nascimento do vínculo, em virtude da ocorrência do fato jurídico”. (*Curso de Direito Tributário*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, p. 282-3).

Pois bem, neste ponto chega-se à inarredável conclusão de que, nos chamados tributos sujeitos a lançamento por homologação o lançamento nada constitui, eis que não é condição ao pagamento do tributo. Enfim, que o crédito tributário nasce com o fato gerador, não com o lançamento.

Arrematando as razões estampadas, com propriedade ímpar teoriza Alberto Xavier: “Tenha-se desde logo a presente figura do lançamento por homologação, existente na esmagadora maioria dos tributos modernos, nestes não é necessária a prática de um ato administrativo de lançamento antes do pagamento do tributo, de tal modo que a relação tributária se constitui e extingue independentemente deste ato jurídico. Aqui é evidente que a eficácia constitutiva da obrigação resulta, por si só, do fato tributário.” (*Do lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 558; grifos nossos).

Regra geral, o início da contagem do prazo de decadência é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do Código Tributário Nacional). Assim, considerando-se que relativamente à exação em comento não há lançamento para a constituição do respectivo crédito tributário, o termo inicial do prazo decadencial é a data da realização do fato impositivo. A partir deste momento dispõe o Fisco de cinco anos para verificar a correção do proceder do contribuinte, compelido por lei ao pagamento do tributo.

Expirado este prazo, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, consoante preceitua o art. 150, § 4º do *Codex Tributário*.

Ora, extinguindo-se definitivamente o crédito após o transcurso de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, não há mais ensejo à realização de lançamento tendente à constituição daquele crédito.

Operando-se, para o Fisco, a preclusão do direito de lançar, pelo decurso do quinquênio legal, o crédito considera-se extinto. Assim, não há como prosperar a pretensão do Embargante no sentido de fixar como termo inicial da decadência justamente a data da extinção definitiva do crédito tributário.

No pertinente ao argumento trazido pela Autarquia Previdenciária quanto à abertura do prazo decadencial a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN), considerando-se a possibilidade de efetuar-se o lançamento no quinquênio posterior à ocorrência do fato gerador do tributo (art. 150), não há base jurídica a sustentá-lo.

Impende salientar que a homologação a que se refere o art. 150 do Código Tributário é da atividade do sujeito passivo, não necessariamente do pagamento do tributo. O que se homologa, quer expressamente, quer tacitamente, é o proceder do contribuinte, que pode ser o pagamento suficiente do tributo, o pagamento a menor ou a maior ou, também, o não-pagamento.

Seja qual for, dentre todas as possíveis condutas do contribuinte, ocorre uma ficção do Direito Tributário, sendo irrelevante que tenha havido ou não o pagamento, uma vez que relevante é apenas o transcurso do prazo legal sem pronunciamento da autoridade fazendária, di-lo o *Codex Tributário*.

Transcorrido o prazo de cinco anos, previsto no art. 150, § 4º, não mais poderá o Fisco efetuar o lançamento do tributo, ou seja, constituir o crédito tributário.

A respeito do tema em debate vale transcrever a excelente doutrina do Prof<sup>o</sup> José Souto Maior Borges:

“O art. 150, § 4º do CTN introduz no âmbito do Direito Tributário uma ficção legal, porque com o decurso do quinquênio tem-se juridicamente como sucedido algo que concretamente não ocorreu, ou seja, a homologação. Esse preceito contempla

hipótese de equiparação da homologação tácita à homologação expressa pelo Fisco. Transcorrido o quinquênio, é como se homologação expressa tivesse efetivamente ocorrido.

Como, na sistemática do Código Tributário Nacional, homologável não é só o pagamento, mas a atividade toda que antecede o ato de homologação, se não houver antecipação do pagamento, ou se o pagamento tiver sido insuficiente em decorrência de redução na base de cálculo e/ou alíquota concretamente aplicáveis — ressalvadas as hipóteses de dolo, fraude ou simulação — poderá ocorrer a homologação ficta da respectiva atividade se a autoridade administrativa não praticar o lançamento ex officio. E essa homologação ficta atuará com eficácia preclusiva para o reexame da matéria.

(...)

Poder-se-ia pretender que, se o sujeito passivo descumpra a obrigação, deixando de efetuar qualquer antecipação de pagamento, não caberia falar-se em homologação, e, portanto, nessa hipótese não caberia a invocação do art. 150, § 4º, mesmo após Q. t.l.nscu.rso do prago nde.referido. Dçssa omissão só decorreria para o Fisco a abertura da via do lançamento ex officio. Mas ainda, nesga fâpótcçç é PQSSLYek.atéenLCQn-seqüência do desconhecimento do concreto estado de coisas pelo Fisco, venha a ser a atividade prévia homologada, precisamente porque a homologação não é somente referível ao pagamento. (...) Logo, o pagamento não é necessariamente levado em linha de conta para os efeitos do art. 150, § 4º.

(...)

Conseqüência imediata dessa ordem de considerações é que a decadência não terá sempre o seu termo inicial disciplinado pelo art. 173 do CTN.” (*Lançamento Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999, 2. ed., p. 397 a 400).

Tecendo comentários acerca da jurisprudência que propõe a aplicação concorrente dos arts. 150, § 4º e 173, leciona Alberto Xavier:

“Destas diversas imprecisões resultou, como conclusão, a aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173, o que conduz a adicionar o prazo do artigo 173 - cinco anos a contar do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido praticado — com o prazo do artigo 150, § 4º — que define o prazo em que o lançamento poderia ter sido praticado como de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Desta adição resulta que o dies a quo do prazo do artigo 173 é, nesta interpretação, o primeiro dia do exercício seguinte ao do dies ad quem do prazo do artigo 150, § 4º.

A solução é deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica.

Ela é também juridicamente insustentável, pois as normas dos artigos 150, § 4º e 173 não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos ‘cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa’; o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

(...)

A ilogicidade da tese jurisprudencial no sentido da aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173 resulta ainda evidente da circunstância de o § 4º do art. 150 determinar que considera-se ‘definitivamente extinto o crédito’ no término do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Qual seria pois o sentido de acrescer a este prazo um novo prazo de decadência do direito de lançar quando o lançamento já não poderá ser efetuado em razão de já se encontrar ‘definitivamente extinto o crédito?’ Verificada a morte do

crédito no final do primeiro quinquênio, só por milagre poderia ocorrer sua ressurreição no segundo. (*Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 2. ed., p. 92 a 94).

Inferir-se desse contexto que, transcorrido o prazo previsto no art. 150, § 4º, não subsiste para o Fisco o direito de lançar o tributo.

Com essas considerações, REJEITO OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2003/0045444-9  
ERESP 276142 / SP  
Números Origem: 200000902497 47896  
604015

PAUTA: 27/10/2004

JULGADO: 10/11/2004

Relator

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra ELIANA CALMON

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. M0ACIR GUIMARÃES MORAES FILHO

Secretária Bela. Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR: ANNA MARIA DE C RIBEIRO E OUTROS

EMBARGADO: ANA MARIA VEIGA TORRES ZOLTAY

ADVOGADO: YEDA GRANADO DE SOUSA ROMEU

ASSUNTO: Tributário — ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços  
CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos embargos, mas lhes negan-

do provimento, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.”

Aguardam os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado e Franciulli Netto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fê.

Brasília, 10 de novembro de 2004

Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza  
Secretária

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP  
Nº 276.142 - SP (2003/0045444-9)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

EMBARGANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR: ANNA MARIA DE C RIBEIRO E OUTROS

EMBARGADO: ANA MARIA VEIGA TORRES ZOLTAY

ADVOGADO: YEDA GRANADO DE SOUSA ROMEU

VOTO-VISTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO INICIAL. FATO GERADOR.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação - que, segundo o art. 150 do CTN, “ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” e “opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa” -, há regra

específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente a ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Embargos de divergência a que se nega provimento.

0 EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Cuida-se de embargos de divergência apresentados em face de acórdão da 2ª Turma que, em embargos à execução fiscal relativa a valores de ICMS, negou provimento ao recurso especial da Fazenda, considerando que (a) no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial de que dispõe a Fazenda para constituição do crédito tributário é de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º); (b) “ainda que se atrele a interpretação do art. 150, § 4º, com o art. 173, I, do CTN, que estabelece a contagem do prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao em que poderia ser feito o lançamento, nada autoriza o alargamento do prazo de decadência para dez anos” (fl. 84); (c) no caso concreto, os fatos geradores ocorreram entre fevereiro e julho de 1990, com o que, fixado o termo inicial do prazo quinquenal em 1º.01.1991, esgotou-se tal prazo em 31.12.1995; (d) tendo a autoridade fazendária formalizado o título que aparelha a execução apenas em 15.02.1996, decaiu a mesma do direito de cobrar o imposto.

A Fazenda Estadual aponta divergência entre o entendimento adotado pelo acórdão embargado e aquele firmado pela 1ª Turma na apreciação do RESP 148.698/SP, Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 08.03.2000, se-

gundo o qual “o direito da Fazenda constituir o crédito tributário extingue-se após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos, contados da homologação tácita do lançamento”.

Admitidos os embargos (fls. 104-105), deixou de apresentar impugnação a embargada.

O relator, Min. Luiz Fux, negou provimento aos embargos, sustentando, em suma, que “considerando-se que relativamente à exação em comento não há lançamento para a constituição do respectivo crédito tributário, o termo inicial do prazo decadencial é a data da realização do fato impositivo. A partir deste momento dispõe o Fisco de cinco anos para verificação a correção do proceder do contribuinte, compelido por lei ao pagamento do tributo”.

Pedi vista.

2.0 dissídio diz respeito à fixação do termo inicial do prazo de cinco anos de que dispõe a Fazenda para constituir o crédito tributário, que, segundo o acórdão embargado, é o momento da ocorrência do fato gerador, e, segundo o acórdão paradigma, é o momento da homologação tácita do lançamento.

3. Inicialmente, cumpre apontar o equívoco incorrido pelo acórdão do TJ/SP, consistente na falta de distinção entre as atividades de *lançamento* e de *inscrição em dívida ativa*.

O lançamento, nos termos do art. 142 do CTN, é ato constitutivo do crédito tributário, consubstanciado no “procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”. Sendo constitutivo do crédito tributário, é o ato cuja prática deve ocorrer nos prazos previstos nos arts. 173, I, e 150, § 4º, do CTN. A inscrição em dívida ativa, a seu turno, é “ato de controle administrativo da legalidade” (Lei nº 6.830/80, art. 2º, § 3º),

que “assegura ao crédito tributário grau eficaz máximo” e “enseja a imediata constrição dos bens do devedor (contribuinte ou responsável) em prol da Fazenda Pública, gozando da presunção *juris tantum* de certeza, liquidez e exigibilidade” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 907). A inscrição, sublinhe-se, “não é ato de constituição do crédito tributário”, pressupondo, “isto sim, que este se encontre regular e definitivamente constituído e, ainda, que se tenha esgotado o prazo fixado para seu pagamento” (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 242). Trata-se de procedimento que deve ser efetuado no prazo a que alude o art. 174 do CTN.

Feitas essas considerações — a que apenas indiretamente, de qualquer sorte, diz respeito a controvérsia central dos embargos —, passa-se ao exame do recurso.

4. Em relação ao prazo decadencial para efetuar o lançamento tributário, a regra geral é a do art. 173,1, do CTN, segundo a qual “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados (...) I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. Todavia, há regra específica para os casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, que, segundo o art. 150 do CTN, “ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” e “opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”. Em tais casos, havendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos, a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN.

Eis os textos desses dispositivos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, (*omissis*)

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (*omissis*)

Sobre o tema, há jurisprudência firme nesta Corte:

“TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173,1, do Código Tributário Nacional. Embargos de divergência acolhidos.” (ERESP 101.407/SP, 1ª Seção, Min. Ari Pargendler, DJ de 08.05.2000)

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ICMS. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. ART. 150, § 4º, DO CTN.

I — O prazo de que dispõe o Fisco para rever o autolancamento e exigir qualquer suplementação do tributo recolhido ou, ainda, aplicar penalidades, decai em cinco anos, período após o qual se opera a homologação tácita do lançamento e extingue-se o crédito tributário, excetuadas as hipóteses em que houver fraude, dolo ou simulação.

II — ‘Transcorridos mais de cinco anos do fato gerador até a constituição do crédito tributário, extingue-se definitivamente o direito do fisco de cobrá-lo.’ (RESP 178.433/SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, D.J.U 21/08/2000, Pág. 108).

III - Agravo regimental a que se nega provimento.” (AGRESP 178.308/SP, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 30.09.2002)

“TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150 § 4º E 173 DO CTN).

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN).

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173,1, do CTN.

3. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais.

4. Recurso especial improvido.” (RESP 183.603/SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 13.08.2001)

É a orientação também defendida em doutrina:

“Há uma discussão importante acerca do prazo decadencial para que o Fisco constitua o crédito tributário relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Nos parece claro e lógico que o prazo deste § 4º tem por finalidade dar segurança jurídica às relações tributárias da espécie. Ocorrido

o fato gerador e efetuado o pagamento pelo sujeito passivo no prazo do vencimento, tal como previsto na legislação tributária, tem o Fisco o prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para emprestar definitividade a tal situação, homologando expressa ou tacitamente o pagamento realizado, com o que chancela o cálculo realizado pelo contribuinte e que supre a necessidade de um lançamento por parte do Fisco, satisfeito que estará o respectivo crédito. É neste prazo para homologação que o Fisco deve promover a fiscalização, analisando o pagamento efetuado e, entendendo que é insuficiente, fazendo o lançamento de ofício através da lavratura de auto de infração, em vez de chancelá-lo pela homologação. Com o decurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador, pois, ocorre a decadência do direito do Fisco de lançar eventual diferença. A regra do § 4º deste art. 150 é regra especial relativamente à do art. 173, I, deste mesmo Código. E, em havendo regra especial, prevalece à regra geral. Não há que se falar em aplicação cumulativa de ambos os artigos.” (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6. ed., p. 1011.)

“Ora, no caso da homologação tácita, pela qual se aperfeiçoa o lançamento, o CTN estabelece expressamente prazo dentro do qual se deve considerar homologado o pagamento, prazo que corre contra os interesses fazendários, conforme § 4º do art. 150 em análise. A consequência - homologação tácita, extintiva do crédito - ao transcurso *in albis* do prazo previsto para a homologação expressa do pagamento está igualmente nele consignada” (DERZI, Misabel A. Machado. *Comentários ao CTN*, Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., p. 404.)

5. No caso concreto, o débito é referente a ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação. Dos termos da inicial dos embargos à execução, em que o contribuinte alega ser beneficiário de isenção, depreende-se não ter havido qualquer antecipação de pagamento.

É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173,1, do CTN, assim explicitada no voto-condutor do acórdão do primeiro precedente citado:

“Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de ‘cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador’.

A incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, *aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo*.

Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, porque lhe faltará objeto; o controle fiscal tem por objeto, sempre, o pagamento antecipado do tributo, resultando ou na respectiva *homologação* ou no *lançamento de ofício* das diferenças eventualmente devidas.

Aí a constituição do crédito tributário deve observar não mais o artigo 150, § 4º, mas o artigo 173, 1, do Código Tributário Nacional, tal como já decidia a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, consolidada na Súmula nº 219, a saber:

\*Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador.’

0 enunciado é casuista, na medida em que se refere a contribuições previdenciárias, mas o princípio nele estabelecido abrange todos os tributos lançados por homologação, neste gênero incluído o ICMS.”

Foi essa a orientação adotada pelo acórdão embargado, que deve, portanto, ser mantido.

6. Pelas considerações expostas, nego provimento aos embargos de divergência. É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2003/0045444-9  
ERESP 276142/SP  
Números Origem: 200000902497 47896  
604015

PAUTA: 27/10/2004  
JULGADO: 13/12/2004

Relator

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra ELIANA CALMÓN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. GILDA PEREIRA DE CARVALHO BERGER

Secretária Bela. Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR: ANNA MARIA DE C. RIBEIRO E OUTROS

EMBARGADO: ANA MARIA VEIGA TORRES ZOLTAY

ADVOGADO: YEDA GRANADO DE SOUSA ROMEU

ASSUNTO: Tributário - ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços  
CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki (voto-vista), Castro Meira, Denise Arruda, José Delgado e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º). Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

0 referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de dezembro de 2004  
Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza  
Secretária  
(Ementa publicada no DJU 28.02.2005, p.  
180).

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS TEMPORÁRIOS. PIS. COFINS. CSLL. IRPJ. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. BASE DE CÁLCULO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.05.000736-8/  
PR

RELATORA: Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

REL. ACÓRDÃO: Des. Federal Wellington Mendes de Almeida

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Dolizete Fátima Michelin

APELANTE: DINÂMICA RECURSOS HUMANOS LTDA.

ADVOGADO: Kelly Cristina Ribeiro

APELADO: (Os mesmos)

Ementa

TRIBUTÁRIO. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS TEMPORÁRIOS. PIS. COFINS. CSLL. IRPJ. BASE DE CÁLCULO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO.

1. Não integram a base de cálculo do PIS e COFINS todas as entradas havidas na contabilidade das empresas prestadoras de serviços temporários, senão que apenas as receitas por ela auferidas, sendo, tão-somente neste particular, irrelevantes o tipo de atividade exercida ou a classificação contábil adotada para as receitas, nos termos do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998.

2. No que tange às empresas de serviços temporários, portanto, cuja função é arrematar trabalhadores que, por sua vez, prestam labor às empresas tomadoras, os valores por estas transmitidos àquelas e que têm por destino a remuneração dos empregados, vez que não são apropriados pela empresa cedente de mão-de-obra, senão que pelos trabalhadores mesmos, não se sujeitam à incidência do PIS e da CO-

FINS, restando não alcançados pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

3. O mesmo não ocorre, entretanto, quanto à CSLL e ao IRPJ, pois que possuem fato gerador e bases de cálculo diferenciados, consubstanciados, respectivamente, na ocorrência de lucro e no seu montante e na constituição de rendas e proventos de qualquer natureza e, outrossim, na sua expressão monetária.

4. Apelações e remessa oficial providas em parte.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar provimento parcial às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 27 de abril de 2005.

Des. Federal Wellington Mendes de Almeida  
Relator para o acórdão

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.05.000736-8/  
PR

RELATORA: Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Dolizete Fátima Michelin

APELANTE: DINÂMICA RECURSOS HUMANOS LTDA.

ADVOGADO: Kelly Cristina Ribeiro

APELADO: (Os mesmos)

Relatório

Trata-se de recursos de apelação e remessa oficial interpostos, em ação ordinária, contra sentença que julgou procedente pedido de declaração de inexigibilidade da COFINS sobre valores que ingressam no caixa da autora, empresa prestadora de serviços especializados, a título exclusivo de reembolso de salários e encargos dos trabalhadores que prestam serviços às tomadoras. Quanto ao pedido de inexigibilidade também do PIS, da CSLL e do

IRPJ, nos mesmos moldes, o MM Juízo de primeiro grau extinguiu sem julgamento de mérito, entendendo que não houve formulação de causa de pedir, declarando a inépcia da inicial neste ponto.

Insurge-se a autora aduzindo que a fundamentação utilizada para afirmar a inexigibilidade da COFINS sobre todo o resultado auferido com a operação de prestação de serviços é a mesma utilizada para argüir a inexigibilidade do PIS, da CSSL e do IRPJ, qual seja o fato de que, no exercício de sua atividade, parte dos valores que aufera da tomadora de serviços são mero reembolso do montante relativo a pagamento de folha de salários e demais encargos sociais e trabalhistas. Reafirma que, sob a égide da Lei nº 10.833/03, as tomadoras de serviço passaram a ser substitutas tributárias das prestadoras, e que deveriam recolher os tributos em comento sobre o valor total da operação, o que acarreta a incidência sobre parcelas que não se caracterizam como faturamento, lucro ou renda. Requer o julgamento do mérito e a procedência total de seu pedido.

Apela a Fazenda Nacional sustentando que a prestadora de serviços não pode ser caracterizada como mera depositária de valores auferidos da tomadora de serviços. Alega que é daquelas a responsabilidade pelo pagamento de salários e todos os encargos trabalhistas e sociais, motivo pelo qual a COFINS deve incidir sobre o faturamento/receita bruta nos estritos limites da lei, considerando, ademais, que a Lei nº 9.718/98 não prevê qualquer hipótese de isenção ou exclusão da base de cálculo nos moldes do pedido da parte autora.

Com contra-razões, subiram os autos.

E o relatório.

Inclua-se em pauta.

Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria  
Relatora

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.05.000736-8/  
PR

RELATORA: Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Dolizete Fátima Michelin

APELANTE: DINÂMICA RECURSOS HUMANOS LTDA/

ADVOGADO: Kelly Cristina Ribeiro

APELADO: (Os mesmos)

Voto

PRELIMINAR

A impetrante é empresa prestadora de serviços com fornecimento de mão-de-obra especializada. Alega que o montante pago pelos tomadores de serviços divide-se em reembolso dos valores relativos ao pagamento da folha de salários dos profissionais e dos respectivos encargos sociais e trabalhistas, e em taxa de administração pelo serviço de agenciamento de profissionais. Pretende que somente esta segunda parcela seja posta à tributação do PIS, da COFINS, da CSSL e do IRPJ, pela tomadora de serviços, a título de substituta tributária da prestadora de serviços nos moldes da Lei nº 10.833/03.

Tenho que a fundamentação utilizada na exordial para afirmar seu direito de redução da base de cálculo da COFINS, embora sintética, é a mesma a sustentar o excesso de recolhimento das demais exações, motivo pelo qual a parte autora merecia o julgamento integral de seu mérito.

Tendo em vista a Lei nº 10.352/2001 ter acrescentado o § 3º ao art. 515 do CPC, possibilitou-se ao Tribunal o julgamento de processo extinto em primeiro grau sem julgamento de mérito. Ressalvo que, para tanto, deve ter ocorrido a devida angulação do processo na instância *a quo*, o que se vislumbra *in casu*.

MÉRITO

A parte autora pretende a declaração do “direito de recolher o PIS, a COFINS, a CSSL e o IRPJ considerada como base de cálculo somente a taxa de administração

(comissão), excluindo-se os reembolsos de salários, impostos, encargos sociais e despesas com material de limpeza e uniformes” (fl. 14).

Neste ponto, preliminarmente ressalva que ao contribuinte somente é dado fazer aquilo que a lei expressamente estabelece, aplicando-se restritivamente o art. 111 do CTN, de forma a não estender indistintamente isenções ou exclusões de créditos especificamente citadas na lei. Ao contrário do que pretende a parte autora, os dispositivos legais não são meramente exemplificativos. Ou ele se enquadra em uma das hipóteses, ou não pode gozar da exclusão pretendida.

Quanto ao recolhimento do PIS e da COFINS, que têm como base de cálculo o faturamento/receita bruta da empresa, a Lei nº 9.718/98 prevê, em seu art. 3º, § 2º, os valores que podem ser afastados para fins de apuração das contribuições devidas. Esta é a redação original do dispositivo:

“Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da

avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo curso de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III - os valores que, computados como receita, tenha sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo.

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.”

Considerando o elenco taxativo, o caso *sub judice* não poderia ser enquadrado em qualquer hipótese, sequer naquela descrita no inciso III, qual seja a transferência de receitas a terceiros. É que o pagamento de salário não é repasse de verbas, e a folha de salários é de sua própria atividade, não podendo ser transferida à tomadora de serviços que, efetivamente, como substituta tributária pelo regime criado pela Lei nº 10.833/03, deve recolher o PIS e a COFINS devidos pela prestadora pelo valor total de sua nota fiscal, que caracteriza o seu faturamento.

Ademais, é posicionamento pacífico desta Corte que o art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.718/98, teve seu inciso III revogado pela MP 2.158-35/01 sem jamais ter gozado de aplicabilidade plena, eis que estava legalmente prevista sua regulamentação pelo Executivo, o que nunca aconteceu, até sua revogação.

As contribuições para o PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento, que corresponde à receita bruta da empresa, conforme preceituam os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, e ainda que se pudesse entender auto-aplicável o inciso III, não se pode conceber tenha o referido preceito a abrangência que pretende a parte autora. A apelante pretende a exclusão da composição da receita bruta de todo e qualquer repasse de valores a terceiros, como o próprio pagamento de salários aos seus empregados. O dispositivo cuja aplicação busca a parte apelante é claro: excluir

receita de terceiros e não o custo dos produtos/serviços revendidos.

Não merece prosperar sua tese, eis que, para todos os contribuintes, possuam empregados trabalhando dentro de seu próprio estabelecimento ou fora dele, devem recolher as respectivas exações com base no mesmo fato gerador e utilizando a mesma base de cálculo. No caso dos autos, o PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento, valor constante na soma de suas notas fiscais. O destino que vá dar à quantia ali disposta não pode ser oposto ao Fisco.

Não deve ser outro o entendimento aplicado ao IRPJ e à CSSL, que também têm suas bases de cálculo estabelecidas pelas leis de regência, não admitindo exclusões e isenções com base apenas na atividade exercida pela empresa e a forma de recolhimento dos tributos.

O Imposto Sobre Rendas e Proventos de Qualquer Natureza, previsto no art. 153, III, da CRFB/88 e no art. 43, I e II, do CTN, incide sobre qualquer ingresso financeiro no patrimônio do sujeito passivo. O RIR/99 (Decreto 3.000/99) é a norma que determina as parcelas dedutíveis da base de cálculo do IR, não havendo qualquer hipótese na qual a parte autora possa se enquadrar. Ademais, mesmo que se reconheça que transferências de renda não possam ser entendidas como acréscimo patrimonial, o pagamento de encargos e salários é por óbvio responsabilidade da prestadora de serviços, não da tomadora, passando ao largo da pretensão aduzida pela parte autora nos autos, sustentando que afe-re exclusivamente uma “comissão” pelo “agenciamento” de trabalhadores.

Por fim, a Contribuição Social Sobre o Lucro, criada pela Lei nº 7.689/88 com base no permissivo constitucional do art. 195, tem como base de cálculo o lucro da pessoa jurídica, que deve ser tido como aquele atingido pela contribuinte no exercício de sua atividade, nos moldes de seu contrato social. Todas as alterações trazidas à lei em comento não modificaram sua

base, nem trouxeram hipótese de dedução da qual a autora possa se aproveitar, nos moldes pretendidos. Seu lucro é resultado matemático aferido, ao final do exercício financeiro, da diferença entre as receitas e as despesas de uma empresa. Novamente, e conforme fundamentação supra, o pagamento de salários e os encargos trabalhistas são despesas da prestadora de serviços, e não da tomadora, influenciando na base de cálculo de sua própria CSSL.

Conforme amplamente destacado supra, o pagamento dos salários, dos impostos e de todos os demais encargos e despesas provenientes da mão-de-obra dos funcionários colocados à disposição da tomadora de serviços são integralmente suportados pela contratante, conforme consta da nota fiscal de prestação de serviços, razão pela qual a autora não deve ser encarada como mera depositária de tais valores que serão “repasados” a quem de direito. O PIS, a COFINS, a CSSL e o IRPJ devem ser apurados considerando todos estes valores como faturamento, lucro e acréscimo patrimonial da autora, independentemente do contrato realizado entre ela e qualquer outra pessoa jurídica para o exercício de sua atividade, qual seja, a prestação de serviços especializados.

A decisão de primeiro grau, então, merece integral modificação. Invertidos os ônus de sucumbência, fixo os honorários advocatícios em 10% do valor dado à causa, a cargo da autora.

Ante o exposto, afasto a sentença extintiva, e, no mérito, dou provimento ao recurso de apelação da União e à remessa oficial para julgar improcedente a demanda. Prejudicado o recurso de apelação da parte autora.

Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria

Relatora

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.05.000736-8/PR

RELATORA: Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Dolizete Fátima Michelin

APELANTE: DINÂMICA RECURSOS HUMANOS LTDA/

ADVOGADO: Kelly Cristina Ribeiro

APELADO: (Os mesmos)

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, concedo-me discordar do entendimento expandido pela ilustre Relatora. Contudo, minha divergência restringe-se tão-somente quanto ao recolhimento das contribuições ao PIS e à COFINS utilizando como base de cálculo o valor da taxa de serviços constante das faturas provenientes de prestação de serviços às tomadoras de serviços temporários, bem ainda quanto aos honorários de advogado.

Ressalto, todavia, que nada tenho a acrescentar relativamente às demais questões examinadas no judicioso voto da eminente Relatora, pelo que passo a analisar os pontos objetos de minha divergência.

A Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998 disciplinou em seu artigo 2º a base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS, nos seguintes termos:

“Art. 2º - As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta lei.”

O conceito de faturamento, para fins da incidência fiscal, foi delineado no § 1º do art. 3º:

“Art. 3º - O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º - Entende-se como receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”

Nada obstante o sentido técnico da expressão faturamento corresponder apenas ao somatório das vendas concluídas

num determinado período, acompanhadas das faturas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 150.76401/PE, tendo como Rei. o eminente Ministro Marco Aurélio, consolidou o conceito de faturamento como sendo “o produto de todas as vendas, e não somente das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo”.

No mesmo sentido, ao apreciar os aspectos jurídicos envolvendo a COFINS, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1 — 1—DF, aquela Corte teve oportunidade de fixar o entendimento de que o termo faturamento não destoa de “receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”, nos moldes definidos pelo art. 2º da Lei Complementar nº 70/91.

Entretanto, não vislumbro incompatibilidade entre o referido dispositivo, ao dimensionar a extensão do conceito de receita bruta, e a pretensão entrelaçada nos autos. Com efeito, o dispositivo é lúcido ao afirmar que o faturamento consiste na totalidade das receitas “auferidas” pela pessoa jurídica, sendo irrelevante a titulação contábil que se lhes atribua. Em se tratando de regra hermenêutica, ao apregoar que o faturamento constitui a soma das verbas recebidas pela pessoa jurídica, o comando não faz incluir, certamente, dentro do espectro conceituai conglobante em que pretende se definir a abrangência do termo “faturamento”, as importâncias que adentram na contabilidade da empresa mas não são por elas retidas, ou seja, não são por elas “auferidas”. A rigor, o que anseia a norma é fazer que as contribuições em testilha atinjam o somatório de todos os valores pertencentes às pessoas jurídicas, sem importar a classificação contábil em que se enquadrem, o que não implica, por certo, fazê-las incidir sobre rubricas que, mesmo trafegando pela contabilidade, não se agregam ao patrimônio da sociedade. Vale dizer, essa parcela, consubstanciada nos importes que transitam nos quadros

contábeis da empresa e que ao depois são transferidos a seus reais proprietários, não sofre a carga da hipótese de incidência das imposições em apreço, pois que não consiste em receita auferida, senão que apenas receita administrada, gerida.

Assim, não se cerca de incompatibilidade o estudado art. 3º da Lei nº 9.718/98 com o entendimento preconizado para o caso, porquanto, a despeito de ter o diploma normativo delimitado exaustivamente as hipóteses de exclusão da base de cálculo dos referidos tributos, inexistindo autorização para dedução dos valores referentes ao reembolso dos salários de empregados e dos respectivos encargos trabalhistas, fê-lo no condizente às verbas efetivamente recebidas pela empresa jurídica, visando, por exemplo, às hipóteses em que o encontro de contas far-se-ia entre os ativos e os passivos da própria empresa, universo dentro do qual, para efeitos de tributação pelo PIS e pela COFINS, ordena a irrelevância da discriminação contábil.

No que tange às empresas de serviços temporários, portanto, cuja função é arremeter trabalhadores que, por sua vez, prestam labor às empresas tomadoras, os valores por estas transmitidos àquelas e que têm por destino a remuneração dos empregados, vez que não são apropriados pela empresa cedente de mão-de-obra, senão que pelos trabalhadores mesmos, não se sujeitam à incidência das contribuições em comento, restando não alcançados pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Tal não ocorre, evidentemente, com as importâncias discriminadas na fatura correspondentes ao serviço prestado pela empresa prestadora de serviço temporário, ou seja, a *taxa de administração*, que é efetivamente amealhada com *animus domini* pela empresa cedente de mão-de-obra.

Verifico, pois, que o *faturamento* da empresa prestadora de serviços temporários consiste, basicamente, na taxa de agenciamento percebida das empresas cessionárias, em contraprestação aos serviços

realizados. Mister, *in casu*, distinguir-se entre a receita e as entradas para fins financeiro-tributários. Ora, o artigo 3º, § 1º, em foco, ao determinar a desimportância do tipo de atividade exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, não pretendeu, em extensão normativa despegada da realidade, abarcar todas as entradas, mas apenas as receitas efetivamente auferidas pelos contribuintes dos tributos. Para a conceituação em liça, impende recorrer aos preciosos fragmentos insculpidos no RESP n. 411.580/SP, Relator o em. Min. Luiz Fux, os quais rogo vênica para reproduzir:

“Deveras, os valores que entram nos cofres das empresas devem ser bipartidos em ingressos financeiros (que na Ciência das Finanças são denominados movimentos de fundo ou de caixa) e receitas.

Geraldo Ataliba ensina que, também no direito público, esses conceitos não comportam confusão, doutrinando:

“Sob a perspectiva jurídica, costuma-se designar por entrada todo o dinheiro que entra nos cofres públicos, seja a que título for. Nem toda entrada, entretanto, representa uma receita. É que, muitas vezes, o dinheiro ingressa a título precário e temporariamente, sem passar a pertencer ao Estado”.

E, logo adiante, conclui:

“... receitas são entradas definitivas de dinheiro que pertencem ou passam a pertencer ao Estado...” (*Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 25 e 26).

Alerta o mestre, portanto, que nem todos os valores que entram nos cofres da empresa são receitas. Os valores que transitam pelo caixa das empresas (ou pelos cofres públicos) podem ser de duas espécies: os configuradores de receitas e os caracterizadores de meros ingressos.

As receitas são entradas que modificam o patrimônio da empresa, incrementando-o. Os ingressos envolvem tanto as receitas

quanto as somas pertencentes a terceiros (valores que integram o patrimônio de outrem); são aqueles valores que não importam modificação no patrimônio de quem os recebe, porém, mero trânsito para posterior entrega a quem pertencerem.

Apenas os aportes que incrementem o patrimônio, como elemento novo e positivo, são receitas (BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 130-5).” Dessarte, delineado o conceito de *receita*, clarividencia-se que a regra talhada no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 não almejou aterrissar sobre todos os ingressos financeiros das pessoas jurídicas contribuintes do PIS e da COFINS, mas apenas sobre aqueles que, evidentemente, configuram receita da empresa, independentemente da origem ou da classificação contábil que se lhes confira.

*Ad argumentandum tantum*, verifico que os contratos firmados entre as prestadoras de serviço temporário e as tomadoras fixam taxa de agenciamento que varia entre 10 e 20% do valor total da fatura, isto é, tal fração corresponde ao dinheiro efetivamente auferido pelas empresas cedentes de mão-de-obra. Daí que só a COFINS representa um desfalque de 7,6% sobre o faturamento. Se se entender que a receita bruta abrange todos os valores entrados na contabilidade da empresa, considerados os demais impostos (ISSQN, IR), taxas e contribuições (INSS, PIS, CSSL) devidos pela prestadora de serviços temporários, tem-se que, descontados os salários e o reembolso dos encargos sociais, a tributação ultrapassa o montante recebido à guisa de taxa de administração, o que consistiria verdadeiro confisco, vedado pelo art. 150, inc. IV, da CR/88. Colho, acerca da temática entrecortada, excerto de arrazoado proferido pelo em. Min. Celso de Mello, quando do julgamento da ADIn 2.010-2, ocorrido em 30.09.99:

“Como observei anteriormente, não há uma definição constitucional de confisco

em matéria tributária. Trata-se, em realidade, de um conceito aberto, a ser formulado pelo juiz, com apoio em seu prudente critério, quando chamado a resolver conflitos entre o Poder Público e os contribuintes.

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade - trate-se de tributos não-vinculados ou cuide-se de tributos vinculados - à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, a prática de atividade profissional lícita e a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação e habitação, por exemplo).” Diante desses argumentos, não há como negar-se seguimento à pretensão esposada, que, aliás, já encontra amparo em julgados paralelos neste Tribunal:

TRIBUTÁRIO. COFINS. PIS. CSLL. BASE DE CÁLCULO. EMPRESAS DE TRABALHO TEMPORÁRIO.

Os valores referentes ao pagamento dos salários e respectivos encargos sociais, que são repassados pelas empresas tomadoras, não constituem receita da empresa de trabalho temporário, caracterizando-se como meras entradas, pertencentes a terceiros, que transitam momentaneamente pela contabilidade da empresa, sem qualquer efeito patrimonial, não podendo ser consideradas para fins de incidência tributária. (AG 2004.04.01.011592-9/SC, 2T, julg. 29/06/2004, pub. DJU 21/07/2004, pág. 653, Relator Juiz Dirceu de Almeida Soares, unânime)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. COFINS. PIS. BASE DE CÁLCULO. EMPRESAS DE TRABALHO TEMPORÁRIO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

Os valores que as empresas tomadoras do serviço repassam às empresas de trabalho

temporário para o pagamento dos salários dos trabalhadores e dos respectivos encargos sociais, a princípio, não constituem receita destas empresas, não integrando a base de cálculo da COFINS e da contribuição para o PIS.

É cabível a antecipação da tutela para suspender a exigibilidade de tributo quando, a par da verossimilhança da tese sustentada, as modificações legislativas importem em aumento da carga tributária em tal grau que comprometa a viabilidade da manutenção da atividade empresarial, em aparente violação ao princípio da capacidade contributiva da empresa.

- Agravo de instrumento provido.

(AG 2003.04.01.059704-0/PR, 2T, julg.

27/04/2004, pub. DJU 23/06/2004, pág.

390, Relator p/ acórdão Juiz João Surreaux Chagas)

Quanto aos honorários de advogado, verificada a sucumbência recíproca, e mantido o percentual fixado em sentença (10% sobre o valor da causa), deve ser declarado o direito à compensação.

*Ante o exposto*, voto no sentido de, afastada a sentença extintiva, dar provimento parcial à apelação da autora para julgar procedente em parte o pedido, para determinar que a contribuição ao PIS e à COFINS tenha como base de cálculo o valor da taxa de serviços constante das faturas oriundas de prestação de serviços às tomadoras de serviços temporários e, dar parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, para determinar a compensação da verba de patrocínio, arbitrada em 10% sobre o valor da causa.

Des. Federal Wellington Mendes de Almeida (Ementa publicada no DJU II de 18.05.2005, p. 562).

EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 135, III, CTN.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
MINUTA DE JULGAMENTO FLS.

SEXTA TURMA

2004.03.00.047470-0 215050 AG-SP

PAUTA: 30/03/2005JULGADO: 30/03/2005

NUM. PAUTA: 00093

RELATOR: DES. FED. MARLI FERREIRA

PRESIDENTE DO ÓRGÃO JULGADOR:

DES. FED. MAIRAN MAIA

PRESIDENTE DA SESSÃO: DES. FED.

MAIRAN MAIA

PROCURADOR (A) DA REPÚBLICA: Dr(a).

MARIA IRANEIDE SANTORO

FACCHINI

AUTUAÇÃO

AGRTE: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

AGRDO: AGIL REPRESENTAÇÕES LTDA-ME

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU Sec Jud SP

ADVOGADO(S)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX e SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Desembargador Federal Mairan Maia, vencida a Relatora, que dava provimento ao agravo de instrumento.

Lavrará o acórdão o (a) DES. FED. MAIRAN MAIA.

Votaram os (as) DES. FED. MAIRAN MAIA e DES.FED. CONSUELO YOSHIDA.

NADJA CUNHA LIMA VERAS

Secretário (a)

PROC.: 2004.03.00.047470-0 AG 215050

ORIG.: 199961080003068/SP

1999610800080701/SP

AGRTE: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX e SÉRGIO AUGUSTO G. P. SOUZA

AGRDO: AGIL REPRESENTAÇÕES LTDA-ME

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU Sec Jud SP

RELATOR: DES. FED. MARLI FERREIRA / SEXTA TURMA

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA. Senhor Presidente.

Trata-se de agravo de instrumento oposto em face de decisão proferida pelo r. Juízo Federal da 2ª Vara de Bauru-SP que, em sede de Execução Fiscal promovida pela Fazenda Nacional, indeferiu o pedido de inclusão do sócio-gerente, nos seguintes termos:

“... É pacífico o entendimento de que a responsabilidade do sócio não é objetiva. Necessário se faz a comprovação de que agiu com excesso de mandato, ou infringiu a lei, contrato social ou o estatuto. O não-recolhimento de tributos, desprovido de dolo ou culpa configura mora da sociedade devedora contribuinte e não responsabilidade do sócio-gerente.

Assim, como não restou comprovado nos autos nenhuma hipótese elencada no artigo 135 do CTN, indefiro o pedido de fls.

Alega a União Federal (Fazenda Nacional) que formulou pedido de citação do sócio gerente da executada, uma vez que a empresa não possui bens para garantir a execução (fls. 37 e 41) e foi excluída do programa ao REFIS (fls. 40 e 54).

Deferida a concessão do efeito suspensivo (fls. 78/79).

Apesar de intimado, o agravado não apresentou contraminuta.

Dispensada a revisão a teor do artigo 34, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

MARLI FERREIRA

DESEMBARGADORA FEDERAL

RELATORA

PROC.: 2004.03.00.047470-0 AG 215050

ORIG.: 199961080003068/SP

199961080080701/SP

AGRTE: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX e SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

AGRD0: AGIL REPRESENTAÇÕES LTDA-ME

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU Sec Jud SP

RELATOR: DES. FED. MARLI FERREIRA / SEXTA TURMA

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA. Senhor Presidente.

Cuida-se de Execução Fiscal promovida pela Fazenda Nacional em face de AGIL REPRESENTAÇÕES LTDA-ME.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência pátria vêm se posicionando no sentido de autorizar a inclusão dos sócios-gerentes no pólo passivo das execuções fiscais somente quando comprovado que estes agiram com excesso de poderes ou contrariamente à lei ou estatutos sociais, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional.

Faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito da livre-iniciativa e a responsabilidade dos sócios das empresas.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a livre-iniciativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e base da nossa ordem econômica, nos exatos termos dos seus art. 1º e 170, razão pela qual deve-se ter como um dos objetivos do Estado sua fomentação.

Entretanto, para concretização destes objetivos, imperativa a observância do princípio da igualdade e do direito de propriedade, erigido à garantia constitucional pela nossa Carta Maior.

É certo que o sistema disciplinado pelo direito societário pauta-se, dentre outros, na limitação da responsabilidade dos sócios nas sociedades por ações e limitadas.

Sem tal proteção, consagrada pelo direito societário, torna-se desinteressante a constituição dos tipos societários acima apontados, já que seriam equiparados às sociedades comerciais irregulares, onde os

sócios respondem solidariamente pelos débitos contraídos.

Em homenagem ao princípio da igualdade, deve-se dispensar tratamento igual para pessoas que estejam em situações equivalentes.

Assim, deverão ser responsabilizados os sócios que pratiquem os atos previstos no artigo 135, III do CTN.

Por outro lado, a jurisprudência vem decidindo, quase que unanimemente, que a simples inadimplência tributária não é suficiente para caracterizar ato contrário à lei ou estatuto social. Neste sentido também venho decidindo, pois, os motivos que levam à inadimplência tributária são variados, como, por exemplo, dificuldades momentâneas, erro de cálculo, etc.

Especificamente, neste caso, tenho que o inadimplemento tributário autoriza a inclusão dos sócios no pólo passivo da ação.

Pela documentação juntada às fls. 35 destes autos, verifico que existem outros débitos além dos cobrados na ação originária.

Vê-se, então, que o agravado vem deixando de recolher, sistematicamente, os tributos — Lucro presumido e Lucro arbitrado relativos aos anos bases/exercícios de 94/95 e de 95/96, respectivamente (fls. 16/35) e deixou de honrar o compromisso assumido no REFIS, o que implicou na sua exclusão do referido programa (fls. 54/55).

Intuitivamente, chega-se à conclusão que tal atitude aponta para uma intenção daqueles que gerenciam as atividades do agravado, em utilizar-se da inadimplência fiscal como fonte de custeio de suas atividades.

O não cumprimento do pactuado no programa de Recuperação Fiscal é outro indicio que aponta a irregularidade da administração do agravado.

A partir do momento em que o inadimplemento fiscal passa a fazer parte da rotina diária da administração da empresa, entendido configurada a administração contrária

à lei e ao estatuto social, nos termos do artigo 135, III, do CTN. Isto porque a lei não pode garantir a prática de atos que levem ao inadimplemento sistemático e constante de tributos.

Os poderes concedidos aos sócios-gerentes para administração da pessoa jurídica não incluem os atos que visam burlar a lei fiscal, utilizando-se do inadimplemento como fonte de custeio de suas atividades, como já dito anteriormente. Também não me parece razoável tratar de maneira igual sócios de pessoas jurídicas que passam por dificuldades financeiras e que tentam solver a dívida com o fisco e outros que, aparentemente, não se importam com a situação de inadimplência.

Ressalto que em recentes decisões este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região vem se posicionando no sentido de que o inadimplemento tributário autoriza a inclusão dos sócios do devedor principal no pólo passivo da execução fiscal, como exemplificam os acórdãos que seguem:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. RESPONSABILIDADE. DO SÓCIO-GERENTE. PENHORA DE SEUS BENS PARTICULARES, GRAVADOS POR HIPOTECA, EM EXECUÇÃO FISCAL DE DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. ART. 135 DO CTN. APLICABILIDADE.

I - Para os fins do inciso II, do art. 1047 do Código de Processo Civil, cabe ao credor hipotecário comprovar a existência de bens os quais possa incidir a penhora (RT 597/95).

II — O sócio responsável pela administração e gerência de sociedade limitada, em conjunto ou isoladamente, é responsável pelo pagamento de débito tributário contemporâneo ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não recolhimento de tal débito (precedentes do E. STJ).

III — Apelação improvida”.

(TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Classe:

AC - APELAÇÃO CIVEL - 33305 Processo: 90030320799 UF: SP Órgão Julgador:

SEGUNDA TURMA Data da decisão: 22/05/2001 Documento: TRF300061085 Fonte DJU DATA: 11/09/2002 PÁGINA: 357 Relator(a) JUIZ SÉRGIO NASCIMENTO).

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III. DO CTN. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1 - Os embargantes somente se retiraram posteriormente da empresa aos fatos geradores da dívida; portanto, ainda eram sócios da empresa primitiva executada e, sob sua gestão, houve o não recolhimento de tributo e imposição de multa por infração ao art. 23, §§ I e II, da Lei nº 8.036/90 (FGTS).

2 — Ainda que não se aceite, para o caso, a imputação de responsabilidade solidária, foi legítima a constrição que recaiu sobre bens particulares do apelante, vez que poderá ser enquadrado na categoria de sujeito passivo da obrigação tributária, como responsável por substituição, nos termos do inciso III do art. 135 do CTN. A infração à lei (pagamento de tributo) gera a responsabilização objetiva dos sócios-gerentes, que podem ser incluídos no pólo passivo do processo de execução e ter seus bens pessoais penhorados.

3 — Ao executado, mesmo na qualidade de responsável tributário por substituição, incumbe o ônus de fazer prova inequívoca para elidir a presunção legal de certeza e liquidez da dívida ativa regularmente inscrita.

4 - A citação da primitiva-executada interrompe o lapso prescricional, atingindo igualmente o sócio-gerente, posteriormente colocado no pólo passivo do processo de execução fiscal, na qualidade de responsável solidário ou responsável por substituição.

5 - Apelação e remessa oficial providas”. (TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 674305 Processo: 200103990105984 UF: SP Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão:

20/03/2002 Documento: TRF300059127 Fonte DJU DATA: 10/05/2002 PÁGINA: 439 Relator(a) JUIZ MANOEL ALVARES). “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 4, V, DA LEI 6830/80. DESAPARECIMENTO DE TODOS OS BENS DA EMPRESA. INCLUSÃO DO SÓCIO-GERENTE NO PÓLO PASSIVO. POSSIBILIDADE.

1 - DISSIPANDO TODO O PATRIMÔNIO DA EMPRESA E NÃO TENDO QUITADO SEUS DÉBITOS FISCAIS, COMETEU O SÓCIO-GERENTE, EM PRINCÍPIO, INFRAÇÃO À LEI, PODENDO SER INCLUÍDO NO PÓLO PASSIVO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA COMPROVAÇÃO PRÉVIA E INEQUÍVOCA DESSA SITUAÇÃO. É QUE CONSTITUI ESSENCIAL OBRIGAÇÃO DE TODO ADMINISTRADOR AS PROVIDÊNCIAS INDISPENSÁVEIS PARA O PAGAMENTO DOS TRIBUTOS NOS SEUS RESPECTIVOS VENCIMENTOS.

2 - COM A REGULAR CITAÇÃO E A GARANTIA DO JUÍZO, ABRIR-SE-Á PARA ELE, A VIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, POR MEIO DA QUAL PODERÁ ALEGAR TODA A MATÉRIA DE DEFESA, INCLUSIVE DEMONSTRANDO A EVENTUAL AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO DÉBITO EM COBRANÇA.

3 - AGRAVO PROVIDO”.

(TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Processo: 97030383971 UF: SP Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 26/11/1997 Documento: TRF300042380 Fonte DJ DATA: 10/02/1998 PÁGINA: 284 Relator(a) JUIZ MANOEL ALVARES)

Assim, o r. “decisum” atacado merece reforma, pelo que dou provimento ao recurso.

É como voto.

MARLI FERREIRA  
DESEMBARGADORA FEDERAL  
RELATORA

PROC. : 2004.03.00.047470-0 AG 215050 ORIG.: 199961080003068/SP 199961080080701/SP

AGRTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

AGRDO: AGIL REPRESENTAÇÕES LTDA-ME

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU SEC JUD SP

RELATOR P/ ACÓRDÃO: DES. FED. MAIRAN MAIA / SEXTA TURMA

RELATOR: DES. FED. MARLI FERREIRA / SEXTA TURMA

VOTO-CONDUTOR

O Desembargador Federal MAIRAN MAIA.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de inclusão dos sócios no pólo passivo da demanda.

A e. Relatora lavrou voto entendendo que o não-pagamento do tributo e a insuficiência de bens constituem infração à lei apta a ensejar o redirecionamento da execução fiscal em face dos sócio.

Vênia devida, ousou divergir da solução proposta.

No julgamento de casos similares ao presente, em ocasiões anteriores manifestei-me no sentido da viabilidade do redirecionamento da execução fiscal contra a pessoa do sócio por considerar consistir ato praticado com violação à lei o não-recolhimento dos tributos devidos pela pessoa jurídica, nos exatos termos do disposto no art. 135, III, do CTN.

Considerava suficiente apenas o fato de não ser encontrada a pessoa jurídica ou bens suficientes para garantir a execução, bem assim ser a dívida tributária contemporânea ao período da gerência ou direção da sociedade, como requisitos para o deferimento do pedido do exequente, cabendo ao sócio o ônus da prova em sentido contrário.

Amparava o meu entendimento na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, exemplificada nos seguintes julgados:

“A falta de recolhimento de tributos constitui, por si só, infração à lei apta a ensejar a responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes pelos impostos devidos pela empresa, nos moldes do que preconiza o inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional”. (STJ, 2ª Turma, AGREsp 91859/ES, Rei. Min. Castro Filho, j. 27/02/2001, v.u., DJ 13/08/2001, p. 84)

“O sócio responsável pela administração ou gerência da sociedade limitada, por substituição, é objetivamente responsável pela dívida fiscal, contemporânea ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não recolhimento de dívida fiscal regularmente constituída e inscrita. Não exclui a sua responsabilidade o fato do seu nome não constar na certidão de dívida ativa.

Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais”. (STJ, RESP n.º 41.921-2/PR (93.0035239-3), v.u. Relator Min. Milton Luiz Pereira; DJ. de 05.06.95, Seção 1, p. 16637).

Todavia, melhor refletindo a respeito deste tema, creio ser indispensável nova abordagem da matéria. Contribuinte, no caso, é a pessoa jurídica, sendo esta sujeito passivo da obrigação tributária e responsável legal pelo seu adimplemento. Desconsiderar a pessoa jurídica, de molde a se poder exigir a responsabilidade dos sócios, dos gerentes ou dos diretores, por substituição, somente se admite, por imperativo legal, quando presentes outros elementos fáticos que impossibilitem a responsabilidade do titular do débito.

Nestas hipóteses há dissociação entre o titular da obrigação e o titular da responsabilidade pela satisfação da obrigação, de forma que o substituto passa a responder em nome próprio, colocando-se no lugar do substituído.

Impõe-se, então, analisar quais as hipóteses excepcionais de substituição da responsabilidade pelo adimplemento da obrigação tributária. Dispõe o art. 135, inc. III, do CTN, serem os diretores, gerentes ou

representantes de pessoas jurídicas de direito privado “pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.”

A interpretação do dispositivo não poderá ser realizada com demasiado elastério, sob pena de se estar admitindo a transformação da exceção em regra, pois como bem observa Hugo de Brito Machado Segundo “o descumprimento de qualquer dever jurídico é, em última análise, contrário a alguma lei ou contrato. Adotada coerentemente a tese (da substituição indiscriminada), não haveria um único caso no qual responderia a pessoa jurídica, o que implicaria a sua total extinção” (in “Problemas de Processo Judicial Tributário”, 4º volume, Coordenação de Valdir de Oliveira Rocha, Dialética, São Paulo, 2000, p. 129). Vale dizer, incumbe à pessoa jurídica a responsabilidade pelo recolhimento integral de tributos devidos e as consequências do inadimplemento da obrigação tributária somente podem ser imputadas à própria pessoa jurídica.

O sócio, o diretor, o gerente ou o representante são órgãos de que se vale a pessoa jurídica para a realização do seu objeto social. A atribuição de responsabilidade tributária, por substituição, nos termos do art. 135, inc. III, do CTN somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato, assim consideradas a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente ou a dissolução irregular da sociedade, desde que comprovada a conduta irregular.

José Eduardo Soares de Melo, discorrendo sobre o tema, leciona:

“Considerando o estatuído no art. 135 do CTN configura-se a existência de uma teoria do superamento da personalidade jurídica, que se positiva nos casos de abuso de direito, em que os sócios, mediante atuação dolosa, cometem fraudes a credores e

manifesta violação a prescrições legais.

É evidente que não basta o mero descumprimento de uma obrigação, ou inadimplemento a um dever (trabalhista, comercial ou fiscal), até mesmo compreensível devido às gestões e dificuldades empresariais. Só se deve desconsiderar a personalidade jurídica para o fim de ser responsabilizado patrimonialmente o verdadeiro autor da fraude, tomando-se necessária a transposição da pessoa jurídica para este instituto.

É compreensível que o princípio da personalidade jurídica da empresa não pode servir para fins contrários ao Direito, de modo a consagrar-se a simulação, o abuso de direito. A teoria em causa não tem por irredutível escopo anular a personalidade da sociedade de forma total, mas somente desconstituir a figura societária no que concerne às pessoas que a integram, mediante a declaração de ineficácia para efeitos determinados e precisos” (in *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 190).

No mesmo diapasão, é a orientação atual das Turmas que integram a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica em recentes julgados, sintetizados nas seguintes ementas:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da parte agravante.

2. O Acórdão *a quo*, em ação executiva fiscal, não considerou ser possível a penhora de bens de responsável tributário (sócio ou gerente), por substituição, a teor do art. 135, III, do CTN.

3. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da socie-

dade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

4. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei n.º 6.404/76).

5. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN).

6. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. Precedentes desta Corte Superior.

7. Agravo regimental não provido". (AgRg no RESP n.º 448.270, 1ª Turma, rei. Min. José Delgado, DJ 19/12/2002)

"TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE E DE OUTROS SÓCIOS. LIMITES. ART. 135, ffl, DO CTN. PRECEDENTES DO STJ.

1. O sócio de uma empresa não responde automaticamente, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta ao sócio-gerente, administrador ou diretor somente se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente. Precedentes do STJ.

2. A pessoa jurídica empresarial, com personalidade própria, não se confunde com

a pessoa de seus sócios. Não cabe ao Fisco efetuar a substituição tributária se não houve a devida apuração de ato ilícito.

3. Recurso desprovido". (RESP n.º 336.760, 2ª Turma, rei. Min. Laurita Vaz, DJ 26/08/2002)

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. EX-SÓCIOS (PESSOAS JURÍDICA E FÍSICA) DE SOCIEDADE LIMITADA. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO. LIMITES. ARTIGO 135, INCISO III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RECURSO ESPECIAL DE UM DOS RECORRENTES PREJUDICADO, EM VIRTUDE DE PARCELAMENTO ADMINISTRATIVO DE DÉBITO POR ELE FORMALIZADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.

— Já se encontra assente na doutrina e na jurisprudência que a responsabilidade do sócio que se retira da sociedade, em relação às dívidas fiscais contraídas por esta, somente se afirma se aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo na empresa, abusou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatutos, a teor do que dispõe a lei tributária, ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.

- É evidente que o não recolhimento dos tributos exigidos na execução fiscal em epígrafe configura um ato contrário à lei, em razão de prejudicar o fim social a que se destina a arrecadação. Necessário, entretanto, é fixar-se os limites do que seja infração legal, porquanto a falta de pagamento do tributo ou não configura violação legal e é irrelevante falar-se em responsabilidade ou não constitui violação da lei e, conseqüentemente, sempre haveria responsabilidade. O mero descumprimento da obrigação principal, desprovido de dolo ou fraude, é simples mora da sociedade-devedora contribuinte, inadimplemento que encontra nas normas

tributárias adequadas as respectivas sanções; não se traduz, entretanto, em ato que, de per si, viole a lei, contrato ou estatuto social, a caracterizar a responsabilidade pretendida pela recorrente.

- O recurso de CBS ADMINISTRAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA. resta prejudicado, em razão da expressa renúncia por ela formulada no documento em que formalizou o pedido administrativo de parcelamento de seu débito (fls. 448/449), ato de vontade manifestamente incompatível com a interposição do recurso especial.

- Não realizado o necessário cotejo analítico, não ficou adequadamente apresentada a divergência, apesar da transcrição de ementa, e não demonstradas suficientemente as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado, em desacordo com o que já está pacificado na jurisprudência desta egrégia Corte, o recurso especial não pode ser conhecido pelo dissídio pretoriano.

- Recurso especial de CBS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. prejudicado.

- Recurso especial de MACROPACK S.A. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS e CARLOS BATISTA DA SILVA provido". (RESP n.º 201.920, 2ª Turma, rei. Min. Franciulli Netto, DJ 24/06/2002)

A indagação que se coloca, por conseguinte, é sobre quem recai o ônus de provar a conduta irregular do órgão da pessoa jurídica ou a dissolução irregular da sociedade.

Otrora, entendi incumbir ao sócio o dever processual de fazer prova contrária à pretensão do credor, bastando ao exequente postular o redirecionamento da execução desde que infrutífera a tentativa de constrição em face da pessoa jurídica.

Porém, após refletir sobre a questão, tenho que o ônus da prova incumbe ao Fisco. Não se exige, no entanto, que seja demonstrado *quantum satis* a conduta fraudulenta ou atentatória à lei por parte do sócio, mas que sejam apresentados elementos de convicção de molde a possibilitar o convencimento do magistrado quanto ao alegado, como, por exemplo, a utilização de prova indireta: indícios e presunções. Por seu turno, a dissolução irregular da sociedade igualmente deve ser demonstrada

ao juízo em requerimento fundamentado e mediante a apresentação, tanto quanto possível, de documentos comprobatórios. Não basta, pois, em qualquer hipótese, a simples menção ao art. 135, III, do CTN.

Conforme se constata dos autos, a agravante postulou o redirecionamento da execução em face dos sócios com fundamento na insuficiência de bens em nome da executada.

Contudo, a teor do entendimento supra evidenciado, bem assim dos precedentes colacionados, o fato de não haver bens bastantes para garantir a execução, aliado ao inadimplemento, não autoriza o seu redirecionamento automático em face dos sócios, o qual somente se admite se comprovada alguma das hipóteses previstas no art. 135, III, do CTN, ou a dissolução irregular da sociedade.

Assim, não tendo a exequente/agravante comprovado ato de gestão com excesso de poderes, ou infração à lei ou ao contrato, bem como a dissolução irregular da sociedade, não se encontram configurados os pressupostos autorizadores do redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios.

A propósito, trago à colação os precedentes do C. STJ:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para

com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou da lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato evadido de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de divergência rejeitados”.

(STJ, REsp - 260107, Primeira Seção, Rei. Min. José Delgado, j. em 10/03/2004, v.u., DJ de 19/04/2004, p. 149)

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE RESTRITA. INEXISTÊNCIA DE BENS A GARANTIREM A PENHORA. FATO INSUFICIENTE.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível, quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

2. “Segundo a jurisprudência do STJ, a simples falta de pagamento do tributo e a inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora (sociedade por quotas de responsabilidade limitada) não configuram, por si sós, nem em tese, situações que acarretam a responsabilidade subsidiária

dos sócios.” (RESP 513555 / PR; Fonte DJ DATA:06/10/2003 PG:00218; Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) Data da Decisão 02/09/2003 Órgão Julgador TI - PRIMEIRA TURMA).

3. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada.

4. Agravo regimental parcialmente provido, apenas para suprimir informação errônea contida no relatório da decisão agravada, sem o condão, portanto, de alterar o resultado do julgado”.

(STJ, AGA — 563219, 1ª Turma, Rei. Min. Luiz Fux, j. em 01/06/2004, v.u., DJ de 28/06/2004, p. 197)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

MAIRAN MAIA

Desembargador Federal

PROC.: 2004.03.00.047470-0 AG 215050

ORIG.: 199961080003068/SP

1999610800080701/SP

AGRTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉRGIO AUGUSTO G. P. SOUZA

AGRD0: AGIL REPRESENTAÇÕES LTDA -ME

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU SEC JUD SP

RELATOR P/ ACÓRDÃO: DES. FED. MAIRAN MAIA / SEXTA TURMA

RELATOR: DES. FED. MARLI FERREIRA / SEXTA TURMA

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PESSOA JURÍDICA. CITAÇÃO DE SÓCIO. QUALIDADE DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. REQUISITOS.

1. Contribuinte no caso é a pessoa jurídica. Esta, e somente esta, é ao mesmo tempo sujeito passivo da obrigação tributária e responsável legal pelo seu adimplemento. Desconsiderar a pessoa jurídica, de molde a se poder exigir a responsabilidade dos

sócios, dos gerentes ou dos diretores, por substituição, somente se admite, por imperativo legal, quando presentes outros elementos fáticos que impossibilitem a responsabilidade do titular do débito.

2. O sócio, o diretor, o gerente ou o representante são órgãos de que se vale a pessoa jurídica para a realização do seu objeto social. A atribuição de responsabilidade tributária, por substituição, nos termos do art. 135, inc. III, do CTN somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato, assim consideradas a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente ou a dissolução irregular da sociedade, desde que seja comprovada a conduta irregular.

3. O ônus da prova incumbe ao Fisco. Não se exige, no entanto, que seja demonstrado quantum satis a conduta fraudulenta ou atentatória à lei por parte do sócio, mas que sejam apresentados elementos de convicção de molde a possibilitar o convencimento do magistrado quanto ao alegado, como, por exemplo, a utilização de prova indireta: indícios e presunções. Por seu turno, a dissolução irregular da sociedade igualmente deve ser demonstrada ao juízo em requerimento fundamentado e mediante a apresentação, tanto quanto possível, de documentos comprobatórios. Não basta, pois, em qualquer hipótese, a simples menção ao art. 135, III, do CTN.

4. O fato de não haver bens bastantes para garantir a execução, aliado ao inadimplemento, não autoriza o seu redirecionamento automático em face dos sócios, o qual somente se admite se comprovada alguma das hipóteses previstas no art. 135, III, do CTN, ou a dissolução irregular da sociedade.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, DECIDE a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por maioria, negar provimento ao agravo, nos

termos do voto do Senhor Desembargador Federal Mairan Maia, vencida a relatoria que dava provimento ao agravo, e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 30 de março de 2005.

MAIRAN MAIA

Desembargador Federal

(Ementa publicada no DJUII de 20.05.2005, p. 488).

## DESPACHOS

### IMUNIDADE. SOFTWARE UTILIZADO NA IMPRESSÃO DE JORNAIS. INADMISSIBILIDADE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 541.548-3

PROCED.: PARANÁ

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

AGTE.(S): EMPRESA JORNALÍSTICA FOLHA DE LONDRINA S/A

ADV. (A/S): ROMEU SACCANI E OUTRO (A/S)

AGDO.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - RICARDO PY GOMES DA SILVEIRA

Decisão: Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, a, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (f. 80):

TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE COMPUTADOR. IMPRESSÃO DE JORNAIS. IMUNIDADE. INADMISSIBILIDADE.

1. Os softwares destinados à editoração de jornais não são alcançados pela imunidade prevista para livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

2. Conforme decisão plenária do STF a imunidade do art. 150, inc. VI, alínea d, alcança somente os materiais relacionados com o papel (RE 190.761 e 174.476), não se estendendo ao software, vez que não agrega o produto final imune.

3. Apelação e remessa oficial providas'.

Alega-se violação do artigo 5º, LIV e LV,

93, IX, e 150, VI, d, da Constituição Federal.

É inviável o RE.

O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência desta Corte, de que 'a imunidade prevista no art. 150, VI, d, da Carta Magna, não alcança todos os insumos usados na impressão de livros, jornais e periódicos, mas tão-somente os filmes e papéis tidos por necessários à sua publicação, tais como o papel fotográfico, inclusive o destinado a fotocomposição por laser, os filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas, e o papel para telefoto (súmula 657)', v.g., AI 220.503, 09.09.2004, Cezar Peluso, DJ 08.10.2004.

Ademais, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação do acórdão recorrido. A jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente, tendo o Tribunal *a quo*, como se observa do acórdão proferido, justificado as razões de decidir: 'o que a Constituição exige, no preceito invocado, é que a decisão seja fundamentada, não, que a fundamentação seja correta: declinadas no julgado as razões do decum, está satisfeita a exigência constitucional' (RE 140.370, 20.04.1993, 1ª T, Sepúlveda Pertence, DJ 21.05.1993).

Nego provimento ao agravo.

Brasília, 16 de maio de 2005.

Ministro Sepúlveda Pertence - relator.

(Despacho publicado no DJU de 27.05.2005, p. 55).

## EMENTAS

PROCESSUAL CIVIL. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL POR CARTA DE FIANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE.

APELAÇÃO CÍVEL 2001.02.01.041757-6

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL RICARDO REGUEIRA

APELANTE: COMPANHIA NIPO-BRASILEIRA DE PELOTIZAÇÃO-NIBRASCO

ADVOGADO: CREUZA DE ABREU VIEIRA COELHO

ADVOGADO: NATALIA CARVALHO DE ARAÚJO

APELADO: UNIÃO FEDERAL

ORIGEM: SÉTIMA VARA FEDERAL DE VI-TÓRIA (9100037605)

Ementa

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITO DO VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXIGIBILIDADE SUSPensa. SUBSTITUIÇÃO DO DEPÓSITO PELA FIANÇA BANCÁRIA.

- Por força do art. 151, II, Código Tributário Nacional, é direito do contribuinte proceder o depósito do montante integral do débito aventado, de forma a ficar suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

- Se é direito do contribuinte, obviamente, ele pode dispor desse direito, de forma a requerer a conversão do depósito em renda, o levantamento dos valores e a substituição da garantia oferecida.

- Verificando-se proveitosa a fiança bancária para garantir a suspensão da exigibilidade do tributo questionado, não deve haver óbice para que esta venha a substituir o depósito judicial na ação cautelar.

- Recurso provido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do voto do Relator. Rio de Janeiro, 16 de março de 2004 (data do julgamento).

RICARDO REGUEIRA

Relator

(Ementa publicada no DJU II de 18.03.2005, p. 280).

COFINS E PIS. RECEITA DECORRENTE DE VARIAÇÃO MONETÁRIA. EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO EM MOEDA ESTRANGEIRA. NÃO-INCIDÊNCIA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (TURMA) (AGTR) Nº 49431/CE (2003.05.00.014559-5)

AGRTE: DEL MONTE FRESH TRADE COMPANY BRASIL LTDA.

ADV/PROC: PEDRO ELEUTÉRIO DE ALBUQUERQUE E OUTROS

AGRDO: FAZENDA NACIONAL

ORIGEM: 2ª VARA FEDERAL DO CEARÁ

RELATOR: DES. FEDERAL MARCELO NAVARRO

Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. COFINS E PIS. INCIDÊNCIA SOBRE A RECEITA ADVINDA DA VARIAÇÃO MONETÁRIA. ART. 9º DA LEI Nº 9.718/98. EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO EM MOEDA ESTRANGEIRA. MOMENTO DE INCIDÊNCIA DAS EXAÇÕES.

- É razoável se entender que enquanto não liquidada a obrigação contraída em moeda estrangeira, não se poderia apurar a existência de ingresso de receita na empresa para efeito de incidência das contribuições do PIS e da COFINS.

- Precedente do egrégio STJ.

- Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado.

Acórdão

Vistos, etc. Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 25 de janeiro de 2005.

DES. FEDERAL MARCELO NAVARRO

RELATOR

(Ementa publicada no DJUII de 23.03.2005, p. 324).

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. VENDA E COMPRA DE AÇÕES. VARIAÇÃO RELATIVA À CORREÇÃO MONETÁRIA E AOS JUROS. AUTO DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

PROC.: 89.03.003472-4 REO 1283

ORIG.: 0004027418 /SP

PARTE A: MOISE EUA BECAK

ADV: MARIO DE BARROS DUARTE GARCIA

PARTE R: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA E VALDIR SERAFIM

REMTE: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA SAO PAULO SEC JUD SP

RELATOR: DES. FED. CARLOS MUTA / TERCEIRA TURMA

Ementa

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA. OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE LOTE DE AÇÕES. VARIAÇÃO RELATIVA À CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. OMISSÃO DE RECEITA. AUTO DE INFRAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE ACOLHIMENTO PARCIAL PARA EXCLUIR DA TRIBUTAÇÃO A PARCELA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DESPROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. Caso em que o embargante em operação de compra e venda de ações auferiu diferença de preço, à conta de correção monetária e juros, ambas omitidas no informe de rendimentos, gerando a autuação, confirmada parcialmente pela r. sentença, nos embargos à execução fiscal, apenas quanto aos juros, por força de disposição legal expressa, prevendo tal parcela como rendimento tributável.

2. Ao contrário dos juros, a correção monetária não era legalmente enquadrada, na oportunidade, como rendimento tributável para efeito de imposto de renda, tendo sido o auto de infração lavrado, com base

em equiparação, pelo agente fiscal, da correção monetária aos juros, em inequívoca interpretação extensiva e analógica, ofensiva ao princípio da legalidade.

3. Acolhimento parcial dos embargos do devedor confirmada, com desprovemento da remessa oficial.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de maio de 2005. (data do julgamento)

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no DJUII de 18.05.2005, p. 398).

IMPOSTO DE RENDA. PERDAS EXTRAORDINÁRIAS. COMPROMETIMENTO ESTRUTURAL DE IMÓVEL.

PROC.: 89.03.008876-0 AC 4663

ORIG.: 0000038975 /SP

APTE: JOSÉ ROBERTO DO CARMO

ADV: FREDERICO SOARES

APD0: UNIÃO FEDERAL

RELATOR: DES. FED. CARLOS MUTA / TERCEIRA TURMA

Ementa

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABATIMENTO DA RENDA BRUTA. PERDAS EXTRAORDINÁRIAS. ARTIGO 87 DO DECRETO N° 58.400/66. RIR. DESPESAS COM PRESTAÇÕES DO FINANCIAMENTO E COM DEMOLIÇÃO. IMÓVEL DEMOLIDO. COMPROMETIMENTO ESTRUTURAL. CHUVAS. FALTA DE PROVA DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Caso em que postulado pelo contribuinte, com base no artigo 87 do Decreto n°

58.400/66, a dedução da renda bruta dos valores concernentes a prestações do financiamento, e despesas de demolição de imóvel, alegando a ocorrência de perda extraordinária, decorrente de chuvas que comprometeram a integridade estrutural do prédio.

2. Improcedente o pleito, pois não demonstrada a perda extraordinária decorrente exclusivamente do evento da natureza indicado, dadas as circunstâncias que se referem, preponderantemente, à deficiência da técnica de construção e mesmo à qualidade dos materiais aplicados na edificação; além do que, ainda que outra fosse a situação, não se inseriria no benefício postulado o direito à exclusão das prestações do financiamento e das despesas com demolição, como salientado nos autos.

3. Apelação desprovida.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de maio de 2005. (data do julgamento)

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no DJU II de 18.05.2005, p. 399).

TRIBUTO ADUANEIRO. AUTO DE INFRAÇÃO. REVISÃO DE OFÍCIO DO LANÇAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 149 DO CTN.

PROC.: 89.03.008510-8 AMS 6319

ORIG.: 0002719991 /SP

APTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA E VALDIR SERAFIM

APD0: IBRAPE ELETRÔNICA LTDA.

ADV: EDUARDO HAMILTON SPROVIERI  
MARTINI E OUTRO

REMETE: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA  
SÃO PAULO SEC JUD SP

RELATOR: DES. FED. CARLOS MUTA /  
TERCEIRA TURMA

Ementa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁ-  
RIO. APELAÇÃO FUNDADA EM RAZÕES  
REMISSIVAS. NÃO CONHECIMENTO. RE-  
MESSA OFICIAL. AUTO DE INFRAÇÃO.  
REVISÃO DE OFÍCIO DO LANÇAMENTO.  
TRIBUTOS ADUANEIROS. DIFERENÇA  
TRIBUTÁVEL. ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO  
DE CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. ERRO  
DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. IMPRO-  
CEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO.

1. Não se conhece de apelação fundada em  
razões remissivas à contestação, sem a im-  
pugnação, de fato e de Direito, específicas,  
exigida nos termos do inciso II do artigo  
514 do Código de Processo Civil.

2. É ilegal, em face do artigo 149 do CTN,  
a revisão, de ofício, de lançamento fiscal,  
motivada por erro de direito, objetivando  
a cobrança de diferença de tributos adua-  
neiros e a aplicação de sanções fiscais em  
função de alteração do critério jurídico  
de classificação tarifária das mercadorias  
importadas, que foram anteriormente libe-  
radas, depois de regularmente concluído o  
desembaraço aduaneiro.

3. Apelação não conhecida e remessa ofi-  
cial desprovida.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são  
partes as acima indicadas, decide a 3ª  
Turma do Tribunal Regional Federal da  
Terceira Região, por unanimidade, não co-  
nhecer da apelação e negar provimento à  
remessa oficial, nos termos do relatório e  
voto, que ficam fazendo parte integrante  
do presente julgado.

São Paulo, 04 de maio de 2005. (data do  
julgamento)

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no DJUII de 18.05.2005,  
p. 399).

IMPORTAÇÃO. DIVERGÊNCIA DA  
DESCRIÇÃO DA GUIA DE IMPORTA-  
ÇÃO. INFRAÇÃO CAMBIAL. INEXIS-  
TÊNCIA. VARIAÇÃO DENTRO DOS  
LIMITES LEGAIS.

PROC.: 89.03.009946-0 AMS 6393

ORIG.: /SP

APTE: UNIÃO FEDERAL

ADV: ANTONIO LEVI MENDES

APDO: PIRELLI S/A CIA INDL/ BRASILEI-  
RA

ADV: LEO KRAKÓWIAK E OUTROS

REMETE: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE  
SÃO PAULO - 1ª SJSJ-SP

RELATOR: DES. FED. CARLOS MUTA /  
TERCEIRA TURMA

Ementa

DIREITO ADUANEIRO. INFRAÇÃO CAM-  
BIAL. ARTIGO 169 DO DECRETO-LEI Nº  
37/66, QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO  
ARTIGO 60 DA LEI Nº 3.244/57. IMPOR-  
TAÇÃO DE PRODUTOS PRODUZIDOS NA  
ALEMANHA. DESCRIÇÃO NA GUIA DE  
IMPORTAÇÃO DE ORIGEM ITALIANA.  
DIVERGÊNCIA QUE, EM TESE, PODERIA  
CARACTERIZAR A INFRAÇÃO CAMBIAL  
QUE NÃO SE CONFUNDE COM A FISCAL.  
INEXISTÊNCIA, PORÉM, DE AFERIÇÃO  
DA EXTENSÃO DO DANO CAMBIAL,  
CONSIDERANDO A VARIAÇÃO MÁXIMA  
DE 10% NO VALOR DO PREÇO, ADMITIDA  
PELA LEGISLAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DA  
AUTUAÇÃO.

1. A infração ao artigo 60 da Lei nº 3.244/57,  
com a redação dada pelo artigo 169 do De-  
creto-lei nº 37/66, não é de natureza fiscal,  
mas cambial, tendo a lei o objetivo de pro-  
teger o equilíbrio do balanço de pagamen-  
tos, com o controle da emissão de divisas ao  
exterior, e a imposição de multa de caráter  
punitivo em proporção à extensão da lesão  
ao interesse cambial do País, independente-  
mente de dolo ou culpa, pois a infração, em  
exame, tem caráter objetivo.

2. Cabe observar, porém, que, embora a divergência, quanto ao país de origem e ao fabricante dos produtos, possa acarretar, em tese, a infração cambial, é essencial e imprescindível, para validar a autuação, que esteja objetivamente dimensionada a repercussão de tais irregularidades sobre o custo do câmbio, considerando o preço da importação, pois o § 2º do artigo 60 da Lei nº 3.244/57, com a redação do artigo 169 do Decreto-lei nº 37/66, expressamente prevê que “Não constituirá infração cambial a diferença, para mais ou para menos, não superior a 10% (dez por cento), quanto a preço, e a 5% (cinco por cento) quanto à quantidade ou peso”.

3. Caso em que não existe, porém, a estimativa do dano, aferida a partir da variação máxima de preço, permitida pela legislação, tendo a autoridade impetrada apenas a suspeita de que seria maior do que a indicada pela impetrante, o que não é suficiente para respaldar o auto de infração.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de maio de 2005. (data do julgamento)

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no DJUII de 18.05.2005, p. 399/400).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA ORDEM APÓS O PAGAMENTO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. POSSIBILIDADE.

PROC.: 89.03.017809-2 AC 10481

ORIG.: 000006807/SP

APTE: UNIÃO FEDERAL

ADV: HUMBERTO GOUVEIA E VALDIR SERAFIM

APD0: OXITENO S/A IND/ COM/

ADV: CLARICE BRONISLAVA ROMEU LICCIARDI E OUTROS

RELATOR: DES. FED. CARLOS MUTA / TERCEIRA TURMA

Ementa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO FUNDADA EM RAZÕES REMISSIVAS. NÃO CONHECIMENTO. REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE REMESSA AO EXTERIOR DE DIVISAS PARA PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR EMPRESA, QUE NÃO OPERA NO PAÍS. DECISÃO DA SUPREMA CORTE, EM WRIT ANTERIORMENTE IMPETRADO, CONCEDENDO, EM DEFINITIVO, A ORDEM. PROVA DO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO INDEVIDO. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. ARTIGO 167, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. Não se conhece de apelação fundada em razões remissivas à contestação, sem a impugnação, de fato e de Direito, específicas, exigida nos termos do inciso II do artigo 514 do Código de Processo Civil.

2. Caso em que o imposto de renda sobre a remessa de divisas para pagamento de prestação de serviços foi recolhido, pelo contribuinte, antes da decisão definitiva da Suprema Corte em mandado de segurança que, discutindo a exigibilidade do tributo, concedeu a ordem. Propositura de ação de repetição para efeito de garantir o provimento condenatório, considerando a declaração que, por força de acórdão definitivo, é inquestionável, gerando, pois, a procedência da restituição do indébito fiscal, com a observância dos limites da sentença proferida.

3. Provimento parcial da remessa oficial, apenas para deslocar o termo inicial dos juros de mora que a r. sentença fixou a partir da citação e que, nos termos do artigo 167, parágrafo único, do CTN, são devidos somente a contar do trânsito em julgado da condenação.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, à unanimidade, não conhecer da apelação, e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de maio de 2005. (data do julgamento)

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no DJUII de 18.05.2005, p. 400).

IMPOSTO SUPLEMENTAR SOBRE  
A RENDA. REMESSA DE LUCROS E  
DIVIDENDOS PARA O EXTERIOR.  
PARECER NORMATIVO CST Nº 77/88.  
AFASTAMENTO.

PROC.: 89.03.024351-0 AC 6335

ORIG.: 0007492459 /SP

APTE: TRANSGLOBAL CORRETAGEM DE  
SEGUROS LTDA

ADV: LEO KRAKOWIAK

APTE: UNIÃO FEDERAL

ADV: PEDRO YANNOULIS

APDO: OS MESMOS

REMTE: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA  
SAO PAULO SEC JUD SP

RELATOR: DES. FED. CARLOS MUTA /  
TERCEIRA TURMA

Ementa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO FUNDADA EM RAZÕES REMISSIVAS. NÃO CONHECIMENTO. REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO SUPLEMENTAR DE RENDA. REMESSA DE LUCROS E DIVIDENDOS AO EXTERIOR. ARTIGO 43 DA LEI Nº 4.131/62, COM REDAÇÃO DA LEI Nº 4.390/64. PARECER NORMATIVO CST Nº 77/88. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 49/82. APLICAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. ARTIGOS 161, § 1º C/C

167, PARÁGRAFO ÚNICO, CTN.

1. Não se conhece de apelação fundada em razões remissivas à contestação, sem a impugnação, de fato e de Direito, específicas, exigida nos termos do inciso II do artigo 514 do Código de Processo Civil.

2. É ilegal a ampliação da base de cálculo do Imposto Suplementar de Renda - ISR (artigo 43 da Lei nº 4.131/62, com a redação da Lei nº 4.390/64), prevista no Parecer Normativo CST nº 77/88, devendo o tributo ser calculado exclusivamente sobre o montante dos lucros e dividendos líquidos efetivamente remetidos: aplicação da IN SRF nº 49/82.

3. Os juros de mora devem ser computados em 1% ao mês, e não 6% ao ano, mas contados do trânsito em julgado da condenação: artigos 161, § 1º, c/c 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, não conhecer da apelação fazendária, dar parcial provimento à remessa oficial, e provimento à apelação do contribuinte, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de maio de 2005. (data do julgamento)

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no DJU II de 18.5.2005, p. 400).

EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 135, III, CTN.

PROC.: 2004.03.00.047925-4 AG 215447

ORIG.: 200061820499391/SP

AGRTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉRGIO AUGUSTO G. P. SOUZA

AGRDO: COML/ IMP ARAGUAIA DE RO-  
LAMENTOS E FERRAMENTAS LTDA.

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA  
DAS EXEC. FISCAIS SP

RELATOR: DES. FED. MAIRAN MAIA /  
SEXTA TURMA

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXE-  
CUÇÃO FISCAL PESSOA JURÍDICA CITAÇÃO  
DE SÓCIO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO  
TRIBUTÁRIO. REQUISITOS. FALÊNCIA.

1. Contribuinte, no caso, é a pessoa jurídica, sendo esta sujeito passivo da obrigação tributária e responsável legal pelo seu adimplemento. Desconsiderar a pessoa jurídica, de molde a se poder exigir a responsabilidade dos sócios, dos gerentes ou dos diretores, por substituição, somente se admite, por imperativo legal, quando presentes outros elementos fáticos que impossibilitem a responsabilidade do titular do débito.

2. O sócio, o diretor, o gerente ou o representante são órgãos de que se vale a pessoa jurídica para a realização do seu objeto social. A atribuição de responsabilidade tributária, por substituição, nos termos do art.

135, inc. III, do CTN somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato, assim consideradas a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente ou a dissolução irregular da sociedade, desde que seja comprovada a conduta irregular.

3. O ônus da prova incumbe ao Fisco. Não se exige, no entanto, que seja demonstrado quantum satis a conduta fraudulenta ou atentatória à lei por parte do sócio, mas que sejam apresentados elementos de convicção de molde a possibilitar o convencimento do magistrado quanto ao alegado, como, por exemplo, a utilização de prova indireta: indícios e presunções. Por seu turno, a dissolução irregular da sociedade igualmente deve ser demonstrada ao juízo em requerimento fundamentado e mediante a apresentação, tanto quanto possível, de documentos comprobatórios. Não basta, pois, em qualquer hipótese, a simples menção ao art. 135, III, do CTN.

4. Conforme se infere dos autos, a agravada não foi localizada no endereço indicado à Receita Federal, a teor do aviso de recebimento negativo e da certidão do oficial de justiça. Nesses casos, entendo haver presunção de dissolução irregular da sociedade, razão pela qual tenho deferido a inclusão do sócio co-responsável no pólo passivo da execução fiscal.

5. Contudo, no presente caso, constato ter a empresa executada sofrido processo falimentar, tendo sido averbada a decretação da quebra na Junta Comercial em agosto de 1997. Intimado, o síndico da Massa Falida, Sr. Jorge T. Uwada, informou ter o Juízo da 14ª Vara Cível da Capital prolatado sentença, encontrando-se os autos falimentares atualmente arquivados.

6. Cumpre observar ter sido a execução fiscal ajuizada em setembro de 2000, quando já havia sido determinada a quebra da executada. Assim, invariavelmente, era de se esperar que a empresa executada não fosse encontrada no endereço indicado à Receita, porquanto falida.

7. Desse modo, para que se autorizasse o redirecionamento da execução em face do sócio co-responsável, cumpria à exequente comprovar ter ocorrido crime falimentar ou a existência de indícios de falência irregular. A simples quebra não pode ser causa de inclusão do sócio no pólo passivo.

8. Além disso, a agravante não logrou demonstrar ter o sócio co-responsável agido com excesso de poderes, ou infração à lei ou ao contrato, nos termos do art. 135 do CTN, razão pela qual não se afigura devido o redirecionamento da execução fiscal.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, DECIDE a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 04 de maio de 2005. (data do julgamento)

MAIRAN MAIA

Desembargador Federal

(Ementa publicada no DJUII de 20.05.2005, p. 488).

PLATAFORMA DE PETRÓLEO. CONCEITO. EMBARCAÇÃO. 6ª CÂMARA DO 1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

Número do Processo: 18471.000360/2003-81  
Recurso nº: 139.827

Matéria: IRF - Ano(s): 1998

Recorrente: PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS

Recorrida: 1ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

Sessão de: 24/02/2005 00:00:00

Acórdão 106-14431

Ementa: PLATAFORMA - CONCEITO

— Plataforma para prospeção de petróleo classifica-se na posição tarifária 8905.20.00, não estando abrangida no conceito de embarcação, pois lhe falta a função precípua de transporte, nem mesmo como função acessória, nos termos determinados no Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias e Notas Explicativas, mediante a Convenção Internacional assinada pelo Brasil em 1986 e incorporada ao Ordenamento jurídico nacional mediante o Decreto Legislativo nº 71, de 11 de outubro de 1988. Recurso negado

Pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Romeu Bueno de Camargo, Gonçalo Bonet Allage, José Carlos da Matta Rivitti e Wilfrido Augusto Marques.

José Ribamar Barros Penha - Presidente

Luiz Antônio de Paula - Relator

(Ementa publicada no DOU I de 25.05.2005, p. 28).

EMBARCAÇÃO. CONCEITO. IMPOSTO DE RENDA. PAGAMENTO EFETUADO AO EXTERIOR. EMPRESA COM SEDE

EM PAÍS COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. 6ª CÂMARA DO 1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

Processo nº: 18471.001620/2003-36

Recurso nº: 139.865

Matéria: IRF - Ano(s): 1999 a 2002

Recorrente: PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS

Recorrida: 1ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

Sessão de: 24/02/2005 00:00:00

Acórdão nº: 106-14432

Ementa: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Sendo a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (Art. 142, caput, e parágrafo único, do CTN).

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - NULDADE — Não está inquinado de nulidade o lançamento efetuado por autoridade competente no exercício da sua atividade funcional, mormente quando lavrado em consonância com o art. 142 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN) e com o artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

AÇÃO FISCAL - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - CONTROLE ADMINISTRATIVO — A manifestação do Poder Tributante, por meio dos seus agentes fiscalizadores, em lançamento de ofício, aos quais conferiu a lei competência para praticar todos os atos próprios à exteriorização da sua vontade, não se confunde com as atividades específicas de controle administrativo daqueles atos praticados em seu nome.

EMBARCAÇÃO - CONCEITO - FATO GERADOR DO IMPOSTO SOBRE A RENDA NA FONTE — Prescinde de conceituar embarcação nos casos em que se verifica a ocorrência do fato gerador nas remessas de recursos a residentes ou domiciliados em países com tributação favorecida.

REMESSAS DE RECURSOS PARA O EXTERIOR. EMPRESA DOMICILIADA EM PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA — A partir de 1999, é de vinte e cinco por cento a alíquota do imposto de renda retido na fonte sobre as receitas de fretes, afretamentos, alugueis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras, quando auferidas por residentes ou domiciliados em países com tributação favorecida.

Recurso negado.

Por maioria de votos, REJEITAR as preliminares de nulidades apresentadas, vencido o Conselheiro Romeu Bueno de Camargo que acolheu aquela relativa a normas do Mandado de Procedimento Fiscal. Quanto ao mérito, pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Romeu Bueno de Camargo, Gonzalo Bonet Allage, José Carlos da Matta Rivitti e Wilfrido Augusto Marques.

José Ribamar Barros Penha - Presidente  
Luiz Antônio de Paula - Relator

(Ementa publicada no DOU I de 25.05.2005, p. 28).

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.  
MAJORAÇÃO SEM ESTABELECIMENTO  
DE TETO. DECRETO-LEI Nº 2318/86.

PROC.: 2001.03.99.045971-0 AC 733231  
ORIG.: 8800290957 /SP  
APTE: CERTIFIED LABORATORIES COM/  
LTDA.

ADV: RICARDO GOMES LOURENÇO

APD0: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADV: NEIDE MENEZES COIMBRA

ADV: HERMES ARRAIS ALENCAR

RELATOR: DES. FED. RAMZA TARTUCE /  
QUINTA TURMA

Ementa

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - DECRETO-LEI 2318/86 - RECURSO IMPROVIDO.

1. O art. 3º do DL 2318/86 não ofendeu o disposto no art. 165, XVI e § único, da Constituição de 1967, após a EC 01/69, pois o texto constitucional veda a criação, majoração ou extensão do benefício previdenciário sem a correspondente fonte de custeio, mas não o contrário, não estando, pois, o valor das contribuições recolhidas pela empresa vinculado aos benefícios prestados aos empregados.

2. Recurso improvido. Sentença mantida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, ACORDAM os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

São Paulo, 25 de abril de 2005. (data de julgamento)

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE  
Relatora

(Ementa publicada no DJUII de 01.06.2005, p. 217).

ISS. COBRANÇA DE IMPORTÂNCIAS  
FIXAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA  
CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

PROC.: 2003.03.00.046719-3 AG 185365  
ORIG.: 200361000191087/SP

AGRTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV: CARMEN VALERIA ANNUNZIATO  
BARBAN

AGRDO: Conselho Regional de Engenharia  
Arquitetura e

Agronomia — CREA e outros

ADV: PAULO ALVES DA SILVA

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA  
SÃO PAULO Sec Jud SP  
RELATOR: DES. FED. CONSUELO YOSHIDA / SEXTA TURMA

Ementa

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. LEI MUNICIPAL Nº 13.476/2002. ALTERAÇÕES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. A Lei Municipal nº 13.476/2002, ao estabelecer importâncias fixas diferenciadas para profissionais pertencentes a mesma categoria, estabeleceu tratamento diferenciado a contribuintes em situações equivalentes, ferindo frontalmente o princípio da isonomia.

2. Por outro lado, também é forçoso reconhecer que as alterações introduzidas pela referida lei, ao efetivar a majoração da alíquota fixa do Imposto sobre Serviços — ISS, devidos pelos profissionais prestadores de serviços sob a forma de trabalho pessoal, contrariou os princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva, expressamente previstos no inciso IV, do art. 5º, e parágrafo 1º, do art. 145, da Constituição Federal.

3. Não há como negar, outrossim, o malferimento ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, pois a majoração da alíquota fixa do Imposto em tela, promovida pela Lei Municipal nº 13.476/2002, por certo sobrecarrega parte considerável dos rendimentos dos contribuintes.

4. Agravo de instrumento improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores Federais da Sexta Turma do Tribunal Regional da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto da Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 8 de junho de 2005 (data do julgamento).

CONSUELO YOSHIDA  
Desembargadora Federal

Relatora

(Ementa publicada no DJUII de 01.06.2005, p. 582).

AÇÃO RESCISÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ARTIGO 3º DA LEI 7.787/89. PROCEDÊNCIA.

PROC.: 96.03.013381-7 AR 365

ORIG.: 9203049096 /SP

AUTOR: N MARTINIANO S/A ARTEFATOS DE COURO e outros

ADV: SEBASTIÃO AUGUSTO MIGLIORINI e outros

RÉU: Instituto Nacional do Seguro Social

ADV: ANTONIO MARCOS GUERREIRO

SALMEIRÃO

RELATOR: DES. FED. RAMZA TARTUCE / PRIMEIRA SEÇÃO

EMENTA: CONSTITUCIONAL - PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ARTIGO 3º DA LEI 7.787/89 - PRELIMINARES - DECADÊNCIA - ARTIGO 495 DO CPC - APLICAÇÃO DA SÚMULA 343 DO STF - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - MATÉRIA PACIFICADA PELO JULGAMENTO DA ADIN 1102-2/DF - INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO RECONHECIDA COM EFICÁCIA “EX TUNC” - INVIABILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA DA REPÚBLICA - PEDIDO RESCISÓRIO PROCEDENTE - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA-TRIBUTÁRIA RECONHECIDA - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. Como já se tornou pacífico em nossos Tribunais, o lapso temporal previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil possui natureza decadencial, haja vista tratar-se de prazo relativo ao exercício de ação desconstitutiva, que já encontra limitação temporal expressa na própria lei.

2. Como se colhe do carimbo lançado pelo distribuidor desta Egrégia Corte, a petição inicial foi protocolizada aos 12/02/1996 (segunda-feira), data em que, a priori, teria se esgotado o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória. Constrói-se a ressalva porque, a despeito do que se sustenta, é sólida a posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, se o “dies ad quem” para ajuizamento de ação rescisória ocorre em dia no qual não há expediente forense — como na hipótese, um domingo - é de se prorrogar o termo final do lapso para o primeiro dia útil subsequente. Imperativo é, portanto, concluir que a ação foi ajuizada dentro do lapso legal permitido.

3. Ao editar a Súmula 343, firmou o Pretório Excelso entendimento no sentido de que não seria admissível a propositura de ação rescisória com o escopo de arrostar decisão que adotou uma das possíveis interpretações sobre determinado dispositivo ao tempo de sua prolação, ainda que, posteriormente, a exegese conferida pelo “decisum” tenha se mostrado ultrapassada por outra de maior acolhida pela jurisprudência. A restrição do manejo da ação rescisória pelo Supremo Tribunal Federal foi motivada pela necessidade de manter-se a estabilidade e a segurança do ordenamento jurídico. Outrossim, o próprio Supremo Tribunal Federal flexibiliza a aplicação da Súmula 343, entendendo que, em se tratando de matéria constitucional, não há que se falar em incidência do verbete, ainda que a matéria tenha sido objeto de interpretação controvertida por parte dos Tribunais.

4. No caso em tela, se está diante de hipótese que traduz exceção à regra estabelecida pela Súmula, o que autoriza a apreciação do pedido rescisório, uma vez que a matéria submetida à apreciação desta Seção envolve nítido conteúdo de direito constitucional, eis que se pretende a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária por força da inconstitucionalidade do

inciso I do artigo 3º da Lei nº 7.787/89. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Preliminares rejeitadas.

5. A discussão acerca da constitucionalidade da contribuição social prevista no inciso I do artigo 3º da Lei nº 7.787/89, encontra-se pacificada desde o julgamento definitivo da ADIN nº 1102-2/DF, quando o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade das palavras “empresários” e “autônomos”, contidas no artigo 22 da Lei nº 8.212/91.

6. Como se sabe, quando se trata de declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como na hipótese, não se pode esquecer que tal espécie de pronunciamento é dotado de efeitos “ex tunc” e “erga omnes”, além de possuir força vinculante.

7. Os efeitos “ex tunc” da declaração importam no expurgo imediato da norma inconstitucional do sistema jurídico, retroagindo os efeitos da decisão até a data primeira de vigência do dispositivo, defenestrando-o como se nunca tivesse existido. Em tal quadro, há que se ter como nulos os efeitos produzidos pela norma, conforme reiterada jurisprudência do STF.

8. Diante de tais argumentos, forçoso é concluir que são inexigíveis as contribuições sociais recolhidas pelas autoras sob a vigência da Lei nº 7.787/89, tal como apontado na inicial, de forma que é medida de rigor o acolhimento do pedido de rescisão da sentença prolatada nos autos do processo nº 92.0305956-3, haja vista que o julgado contrariou decisão do Supremo Tribunal Federal.

9. Não se pode acolher a tese sustentada pela autarquia no sentido de que o substantivo “salário”, consagrado pela Constituição no inciso I de seu artigo 195, demande interpretação extensiva, a fim de promover-se a harmonização do inciso com a redação do “caput” do dispositivo. No caso em tela, por se tratar de norma constitucional que traça hipótese de incidência de contribuição social, não há

que se falar em interpretação extensiva do dispositivo, mas sim, em interpretá-lo de forma estrita, sem quaisquer acréscimos ou reduções do texto de lei, em razão de sua natureza jurídica.

10. Pedido rescisório julgado procedente. Reconhecida a inexistência de relação jurídico-tributária entre as autoras e a autarquia, declarando-se a inexigibilidade das contribuições sociais recolhidas sob a vigência do inciso I do artigo 3º da Lei 7.710/89. Ação julgada procedente.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, ACORDAM os Desembargadores da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por unanimidade, em rejeitar as preliminares, e, quanto ao mérito, em julgar procedentes o pedido rescisório e a ação ordinária, declarando a inexigibilidade das contribuições sociais recolhidas pelas autoras sob a égide do inciso I do artigo 3º da Lei 7.710/89.

São Paulo, 20 de abril de 2005. (data de julgamento)

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Ementa publicada no DJUII de 15.06.2005, p. 350).

**SIMULAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. NECESSIDADE DE PROVA.**

Processo nº 1516.00173/00-90

Recurso nº: 140038 - EX OFFICIO

Matéria: IRF - Ano(s): 1996 a 1998

Recorrente: 4ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Interessado: TREM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

Sessão de: 2 de dezembro de 2004

Acórdão nº: 104-20364

FATO GERADOR - OCORRÊNCIA - COMPROVAÇÃO - O ônus da comprovação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é da autoridade lançadora. Não merece prosperar a exigência se não resta comprovada nos autos a ocorrência de operações que ensejariam a incidência tributária.

SIMULAÇÃO - NECESSIDADE DA PROVA - DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS - A acusação fiscal de prática de negócios jurídicos simulados deve estar amparada em provas inequívocas da ocorrência do vício, sem o que não poderá prevalecer a pretendida desconsideração de tais negócios.

Recurso de ofício negado.

Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício.

Leila Maria Scherrer Leitão - Presidente

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

(Ementa publicada no DOU I de 15.06.2005, p. 29 - 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes).

**TRATADO ENTRE BRASIL E REINO UNIDO. CONSIDERAÇÃO DE IR PAGO NO EXTERIOR**

Processo nº 13706.001321/00-63

Recurso nº: 138918

Matéria: IRPF - Ex(s): 1998

Recorrente: ALEXANDRINO BARBOZA DE ALENCAR

Recorrida: 3ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

Sessão de: 2 de dezembro de 2004

Acórdão nº: 104-20389

DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL - TRATADO - RECIPROCIDADE BRASIL E REINO UNIDO - Existindo tratado de reciprocidade entre o Brasil e o Reino Unido, deve ser considerado na base de cálculo do imposto sobre a renda, o valor pago no exterior incidente sobre a remuneração paga pelo Bozano Simonsen (UK) Ltd. Em Londres, observando-se, contudo, os limites previstos na IN SRF nº 25 de 29 de abril de 1996 (§ 2º do art. 34). Recurso parcialmente provido.

Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para considerar a compensação de imposto no valor de R\$.  
Leila Maria Scherrer Leitão - Presidente  
Oscar Luiz Mendonça de Aguiar - Relator  
(Ementa publicada no DOU I de 15.06.2005, p. 35 - 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes).

ICMS. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA.  
APROVEITAMENTO DE CRÉDITO.  
SERVIÇO DE TRANSPORTE. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 191.971 - RS (1998/0076301-5)  
RELATOR: MINISTRO FRANCIULLI NETTO  
AGRAVANTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADOR: JOSÉ GUILHERME KLIE-MANN E OUTROS  
AGRAVADO: TRANSPORTADORA TRES-MAIENSE LTDA.  
ADVOGADO: JÚLIO CÉSAR BECKER PIRES E OUTROS  
Ementa

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - TRIBUTÁRIO - ICMS - REDUÇÃO DE ALÍQUOTA - CREDITAMENTO - POSSIBILIDADE - RESPEITO AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - INCLUSÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTES - MANTIDO O ENTENDIMENTO DA CORTE DE ORIGEM - AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

É possível o creditamento do ICMS mesmo quando há opção pela redução da sua base de cálculo, em respeito ao princípio da não-cumulatividade já contemplado pelo art. 3º do DL n. 406/68.

Preleciona Roque Antonio Carraza que o imposto “será não cumulativo simplesmente porque em cada operação ou prestação é assegurada ao contribuinte, de modo preempatório, pela própria Carta Suprema, uma dedução (abatimento) correspondente aos montantes cobrados nas operações ou

prestações anteriores” (ICMS. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 155).

A Lei Complementar nº 87/96, que rege o ICMS, não exclui do Princípio da não-cumulatividade o serviço de transportes.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.”

Os Srs. Ministros Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (Data do Julgamento).

(Ementa publicada no DJU de 20.06.2005, p. 209).

ISS. DECRETO-LEI Nº 406/68. TRIBUTO DEVIDO NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 607.881 - PE (2004/0070474-8)

RELATOR: MINISTRO FRANCIULLI NETTO  
AGRAVANTE: SUL AMÉRICA SERVIÇOS MÉDICOS LTDA.

ADVOGADO: FRANCISCO CARLOS ROSAS GIARDINA E OUTROS

AGRAVADO: FAZENDA DO MUNICÍPIO DE RECIFE

PROCURADOR: LUIZ FERNANDO DIAS DOS SANTOS E OUTROS

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO TRIBUTÁRIO - ISS - COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA - MUNICÍPIO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - EMPRESA DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA COM SEDE EM OUTRO

## MUNICÍPIO - ENTENDIMENTO PACIFICADO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ.

Ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fosse. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a *res in iudicium de ducta*. Dessa forma, não foram violados os artigos 165, 548, *caput* e inciso II, bem como 535, D, do CPC.

Cinge-se a controvérsia à fixação da competência para cobrança do ISS, se é do Município onde se localiza a sede da empresa prestadora de serviços, conforme determina o artigo 12 do Decreto-Lei nº 406/68, ou do Município onde aqueles são prestados.

A egrégia Primeira Seção desta colenda Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que o Município competente para realizar a cobrança do ISS é o do local da prestação dos serviços em que se deu a ocorrência do fato gerador do imposto. Essa interpretação harmoniza-se com o disposto no artigo 156, III, da Constituição Federal, que atribui ao Município o poder de tributar as prestações ocorridas em seus limites territoriais.

*In casu*, incide o óbice disposto na Súmula 83 deste Sodalício, *verbis* "*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*".

Agravo regimental provido, para conhecer do agravo de instrumento, mas negar provimento ao recurso especial interposto pela Sul América Serviços Médicos Ltda. Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (Data do Julgamento).

(Ementa publicada no DJU de 20.06.2005, p. 209).

## RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-COTISTA. LIMITES. ARTS. 134 E 135 DO CTN. NECESSIDADE DE PROVA DE ABUSO DE PODER OU INFRINGÊNCIA A LEI.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 613.619 - MG (2004/0086902-9)

RELATOR: MINISTRO FRANCIULLI NETTO  
AGRAVANTE: ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR: MAURÍCIO BHERING ANDRADE E OUTROS

AGRAVADO: ANTÔNIA CARMEM RIGOLON

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS MONTEIRO BARBOSA

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO COTISTA - LIMITES - ARTS. 134 E 135 DO CTN.

O sócio cotista não pode ser responsabilizado, com arrimo nos artigos 134, VIII, e 135, III, do CTN, se não restar comprovado que ele tenha praticado atos de gerência da sociedade. Precedentes: RESP 325.375/SC, Rei. Min. Eliana Calmon, DJ 21/10/2002; RESP 109.163/PR, Rei. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 23/08/1999.

Ainda que restasse comprovada a prática de atos de gestão da sociedade pela agravada, o que não ocorreu nos autos, não prosperaria a pretensão recursal. A possibilidade de redirecionamento da execução contra sócio da empresa, a teor do artigo

135 do Código Tributário Nacional, somente se configura se aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo na empresa,

abusou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatutos.

Qualquer conclusão no sentido de afirmar ter ou não o sócio praticado ato de gerência da sociedade e agido com abuso de poder, ou, ainda, de ter a sociedade se dissolvido irregularmente, dependeria de reexame de aspectos fáticos e probatórios, o que é inviável pela via eleita do especial, a teor da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.”

Os Srs. Ministros Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (Data do Julgamento).

(Ementa publicada no DJU de 20.06.2005, p. 209).

CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS  
COM EFEITOS DE NEGATIVA. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMISMO.  
ART. 74 DA LEI 9430/96.

PROC.: 2003.61.19.005262-6 AMS  
259777

APTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: HUMBERTO GOUVEIA E VALDIR SERAFIM

APD0: N F MÓTTA S/A CONSTRUCOES E COM. LTDA.

ADV: GEORGE AUGUSTO LEMOS NOZIMA

REMETE: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS SEC JUD SP

RELATOR: JUIZ CONV. SILVA NETO / TERCEIRA TURMA

Ementa

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITOS DE NEGATIVA. INCONFORMISMO EQUIPARÁVEL A RECURSO ADMINISTRATIVO, ART. 151, III, CTN. REDAÇÃO ATUAL DO § 11.º, ART. 74 DA LEI 9.430/96 (LEI 10.833/03). CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Manifestação de inconformidade em face de indeferimento de pleito compensatório coaduna-se com a hipótese do art. 151, III, CTN.

2. Enquanto não julgada a insurgência administrativa, suspensa se encontra a exigibilidade do crédito envolvido, pois assim não o distingue o inciso III, antes referido.

3. Insubsistência do óbice administrativo inicialmente firmado.

4. Apelação e remessa oficial improvidas. Concessão da segurança.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado.

São Paulo, 06 de julho de 2005. (data do julgamento)

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

Relator

(Ementa publicada no DJU II de 20.06.2005, p. 200).

ICMS. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

[AG.REG.NO](#) RECURSO EXTRAORDINÁRIO 301.602-4

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. EROS GRAU

AGRAVANTE(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO (A/S): PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM

AGRAVADO (A/S): INDÚSTRIA ERVATEIRA VIER LTDA.

ADVOGADO (A/S): GERALDO PAULO SEIFERT E OUTROS

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 31.05.2005.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. BENEFÍCIO FISCAL. CRÉDITO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OBSERVÂNCIA.

Benefício fiscal outorgado a contribuinte. Crédito decorrente da redução da base de cálculo do tributo. Vedação. Impossibilidade. A Constituição do Brasil somente não admite o lançamento do crédito nas hipóteses de isenção ou não-incidência. Precedente do Tribunal Pleno.

Agravo regimental não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de maio de 2005.

(Ementa publicada no DJU de 24.06.2005, p. 34).

ENTIDADE DE CARÁTER FILANTRÓPICO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMUNIDADE RECONHECIDA.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 354.168-4

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. EROS GRAU

AGTE.(S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV. (A/S): MILENE GOULART VALADARES

AGD0. (A/S): INSTITUTO DA SAGRADA FAMÍLIA - ISAFÁ

ADV. (A/S): MARLI SOARES BORGES

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 31.05.2005.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. QUOTA PATRONAL. ENTIDADE DE CARÁTER FILANTRÓPICO. DECRETO-LEI N. 1572/77. ISENÇÃO.

O fato de a Constituição do Brasil, em seu artigo 195, § 7º, ao prever isenção do pagamento da contribuição para a seguridade social, subordinar esse benefício a exigências estabelecidas em lei, de modo algum implica a extinção de isenções anteriormente reconhecidas com base em legislação outrora vigente (Decreto-lei n. 1572/77), sobretudo se ainda não editada a nova regulamentação a respeito do tema. Pelo contrário, a previsão constitucional vem a corroborar a situação da agravada, recepcionando as hipóteses de isenção ainda vigentes até que a lei específica venha a revogá-las.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ementa publicada no DJU de 24.06.2005, P-34).

ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. LUBRIFICANTES LÍQUIDOS E GASÓLIS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.588-0

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. EROS GRAU

AGTE.(S): SALEMCO BRASIL PETRÓLEO LTDA.

ADV. (A/S): EDUARDO ARRUDA ALVIM E OUTRO (A/S)

AGD0.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. (A/S): PGE-SE CRISTINA MENDES HANG

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 31.05.2005.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LUBRIFICANTES LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DE PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ENTRE DISTRIBUIDORA E CONSUMIDOR FINAL. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA.

1. A imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, X, 'b', da Constituição do Brasil não foi instituída em favor do consumidor final, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.

2. Empresa distribuidora de lubrificantes líquidos e gasosos e de derivados de petróleo. Operação mercantil estabelecida entre consumidor situado em outro Estado. Recolhimento antecipado de ICMS. Restituição do valor pago, sob o argumento de estar abrangida a operação pela imunidade tributária. Pedido improcedente. A benesse fiscal é outorgada às operações que destinem petróleo e seus derivados a outros Estados, mas não àquelas operações interestaduais realizadas pelo consumidor final. Precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal, RE n. 198.088, Relator o Ministro limar Galvão, DJ de 5.9.2003.

Agravo regimental não provido.

(Ementa publicada no DJU de 24.06.2005, p. 37).

ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. CARDIOPATLA GRAVE. RECONHECIMENTO DO DIREITO.

PROC.: 1999.61.03.005403-2 AC 996731

APTE: UNIA0 FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

APD0: AYLTON BONELLE (= OU > DE 65 ANOS)

ADV: HAMILTON BONELLE

REMETE: JUÍZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP

RELATOR: DES. FED. MAIRAN MAIA / SEXTA TURMA

EMENTA

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA

- PORTADOR DE CARDIOPATLA GRAVE  
- ISENÇÃO PREVISTA NO ART. 6º, XI, DA LEI Nº 7.713/88.

1. Os proventos de aposentadoria ou reforma recebidos por pessoa portadora de doença relacionada em lei são isentos do imposto de renda.

2. Comprovado por perícia médica oficial ser o autor portador de moléstia grave nos termos do artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713/88, é de se reconhecer o direito ao benefício legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, DECIDE a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 15 de junho de 2005. (data do julgamento)

MAIRAN MAIA

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no DJU II de 24.06.2005, p. 682).

ORTN/CAMBIAL. DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA NACIONAL. RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. LEGALIDADE.

PROC.: 93.03.110500-1 REOMS 140660

ORIG.: 0009038191 /SP

PARTE A: MONTREALBANK S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS

ADV: ISMAR AUGUSTO PROCÓPIO DE OLIVEIRA E OUTROS

PARTE R: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: FERNANDO NETTO BOITEUX E SÉRGIO AUGUSTO G P SOUZA

REMETE: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO>1ª SSJ>SP

RELATOR: DES. FED. MAIRAN MAIA / SEXTA TURMA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO

- OBRIGAÇÕES REAJUSTÁVEIS DO TESOUREIRO NACIONAL - ORTN/CAMBIAL - DECRETOS-LEIS NºS 2.014/83 E 2.029/83

- MAXI-DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA NACIONAL - RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA.

1. Os ganhos obtidos com a maxi-desvalorização da moeda nacional em fevereiro de 1983, teriam incidência do imposto de renda quando dos encerramentos do exercício financeiro da pessoa jurídica.

2. A tributação pela fonte pagadora, por ocasião do resgate das ORTNs, somente ocorreria sobre a diferença da variação cambial entre a data do encerramento do último exercício financeiro e a data do resgate dos títulos. Compatibilidade dos Decretos-leis nºs 2.014/83 e 2.029/83.

3. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, DECIDE a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 15 de junho de 2005. (data do julgamento)

MAIRAN MAIA

Desembargador Federal

Relator

(Ementa publicada no DJUII de 24.06.2005, p. 682).

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. TERMO INICIAL. JURISPRUDÊNCIA DA 1ª SEÇÃO DO STJ. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. ART. 3º. NORMA MODIFICADORA E NÃO INTERPRETATIVA.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP

Nº 288.898 - DF (2005/0051416-4)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO: RAQUEL GONÇALVES MOTA E OUTROS

EMBARGADO: CLÁUDIO DA SILVA CASAGRANDE E OUTROS

PROCURADOR: IVO EVANGELISTA DE ÁVILA E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. VERBAS INDENIZATÓRIAS. IMPOSTO DE RENDA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LC Nº 118/2005. ART. 3º. NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. INAPLICACÃO RETROÁTTVA. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO.

1. A 1ª Seção desta Corte firmou posição de que o prazo para se pleitear a restituição do imposto de renda incidente sobre as verbas de natureza não-indenizatória começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título de tributo. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos *cinco mais cinco*.

2. *In casu*, comprovado que não transcorreu, entre o prazo do recolhimento e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás a partir do ajuizamento da ação. Precedentes desta Corte Superior.

3. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, no julgamento dos EREsp nº 327043/DF, finalizado em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida Lei Complementar. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a mencionada norma teria natureza meramente interpretativa, restando limitada a sua incidência às hipóteses verificadas após a sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária.

4. “O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência” (EREsp nº 327043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista).

5. Embargos de divergência conhecidos e não-providos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unani-

midade, conhecer dos embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e João Otávio de Noronha.

Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto. Brasília (DF), 25 de maio de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

(Ementa publicada no DJU de 27.06.2005, p. 215).

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. TERMO INICIAL. JURISPRUDÊNCIA DA 1ª SEÇÃO DO STJ. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 539.212 - RS (2004/0033444-1)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

EMBARGANTE: NELCI PARIZZI FELIPE GONÇALVES E OUTROS

ADVOGADO: ISAÍAS GRASEL RÔSMAN

EMBARGADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: JAQUELINE MAGGIONI PIAZZA E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. LEI COMPLEMENTAR 118, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. A Primeira Seção reconsolidou a jurisprudência desta Corte acerca da cognominada tese dos cinco mais cinco para a definição do termo *a quo* do prazo prescricional das ações de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, desde que ajuizadas até 09

de junho de 2005 (EREsp 327043/DF, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 27.04.2005).

2. Deveras, acerca da aplicação da Lei Complementar n° 118/2005, restou assente que:

“PROCESSIONAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. LEI INTERPRETATIVA. RETROATIVIDADE. 1. Assentando os estágios do pensamento jurídico das Turmas de Direito Público, é possível sintetizar que, superadas as matérias divergentes entre colegiados com a mesma competência *ratione materiae* e a natureza dialética da ciência jurídica, a Primeira Seção desta Corte passou a concluir que: a) nas ações em que se questiona a devolução (repetição ou compensação) de tributos lançados por homologação não declarados inconstitucionais pelo STF, aplica-se a tese dos “cinco mais cinco”, vale dizer, 5 (cinco) anos de prazo decadencial para consolidar o crédito tributário a partir da homologação expressa ou tácita do lançamento e 5(cinco) anos de prazo prescricional para o exercício da ação; b) nas ações em que se questiona a devolução (repetição ou compensação) de tributos lançados por homologação declarados inconstitucionais pelo STF, o termo a quo da prescrição era: 1) a data da publicação da resolução do Senado Federal nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade (EREsp 423.994/MG); e 2) a data do trânsito em julgado da decisão do STF que, em controle concentrado, concluiu pela inconstitucionalidade do tributo (REsp 329.444/DF).

2. Mister destacar que essa corrente jurisprudencial fundou-se em notável sentimento ético-fiscal considerando o contribuinte que, fincado na presunção de legalidade e legitimidade das normas tributárias, adimplira a exação e surpreendido com a declaração de inconstitucionalidade difusa entrevia justa oportunidade de se ressarcir daquilo que pagara de boa-

fé. Ressoava injusto impor-lhe a prescrição da data do pagamento que fizera, baseado na atuação indene do legislador.

3. Evoluindo em face de sua mutação ideológica, posto alterada in personae na sua composição, a Seção de Direito Público no último período ánuo, uniformizou essa questão do tempo nas relações tributárias, firmando o entendimento de que: ‘PROCESSIONAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. Versando a lide tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da ação de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos deve obedecer o lapso prescricional de 5 (cinco) anos contados do término do prazo para aquela atividade vinculada, a qual, sendo tácita, também se opera num quinquênio. 2. O E. STJ reafirmou a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco) para a definição do termo a quo do prazo prescricional, nas causas in foco, pela sua Primeira Seção no julgamento do ERESP n° 435.835/SC, restando irrelevante para o estabelecimento do termo inicial da prescrição da ação de repetição e/ou compensação, a eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo E. STF. 3. Conseqüentemente, o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título de tributo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg RESP 638.248/PR, 1ª Turma, desta relatoria, DJU de 28/02/2005) 4. Sedimentada a jurisprudência, a bem da verdade, em inquietante ambiente, porquanto, no seu âmago, entendia a Seção que tangenciaria o pressuposto da lesão ao direito e a correspondente actio nata, em prol de

uma definição jurisprudencial nacional e de pacificação das inteligências atuantes no cenário jurídico, adveio a LC 118/2005, publicada no D.O.U. de 09/02/2005 e, com o escopo expresso de “interpretar” o art. 168, I, do CTN, que assenta que: “0 direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;”, dispôs no seu art. 3º: “Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.” Complementando, no art. 4º arrematou: “Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.”

5. Muito embora a Lei o faça expressamente, a doutrina clássica do tema assentou a contemporaneidade da Lei interpretativa à Lei interpretada, aplicando-se-lhe aos fatos pretéritos. Aspecto de relevo que assoma é a verificação sobre ser a novel Lei, na parte que nos interessa, efetivamente interpretativa.

6. Sob esse ângulo, é cediço que Lei para ser considerada interpretativa, deve assim declarar-se e não criar direito novo, sem prejuízo de assim mesmo ter seu caráter interpretativo questionado. Nesse sentido extrai-se da doutrina do tema que: “Determinam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, Q..sentido, das leis existentes» gcm introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de .qucjmaji3.^.normq

interpretativa). afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como ld) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alia misura dello stipendio dovuto alie maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, 1,1, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve, presumir .ter a lei caráter interpretativo - “os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente” (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inseri da no corpo da própria lei não sendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei:”(Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3ª ed., pág. 294 a 296, grifamos).

7. “Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração, do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.” Sob essa ótica “SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: “trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade” (System des heutigen romischen Rechts, vol. 8º, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não

se consegue conciliar o que é inconciliável. E. 4csd.g Qu.e.a chamada interpretação autêntica é realmente incompativeável. Em o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação iv., supra, a nota 55 ao nL67.L. não admira que se procurem torcer as consequências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3ª ed., vol. 1º, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1º, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata dei Corso di diritto civile francese, secondo il método dello Zachariae, di Aubry e Rau, vol. 1º e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2ª ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é de caráter interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem. Outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit-) é de opinião manifesta: “Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa.” Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: “Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. E um

ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito” (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275).” (ob. cit., pág. 294 a 296).

8. Forçoso concluir que a Lei interpretativa para assim ser considerada, não pode “encerrar qualquer inovação; essa opinião corresponde à fórmula corrente” e deve obedecer aos seguintes requisitos: “a) não deve a lei interpretativa introduzir novidade, mas dizer somente o que pode reconhecer-se virtualmente compreendido na lei precedente; b) não deve modificar o disposto na lei precedente, mas explicar, declarar aquilo que, de modo mais ou menos imperfeito, já se continha na lei preexistente (acórdão de 12 de abril de 1900, in Foro italiano, 1900, I, pág. 978).” (ob. cit., pág. 294 a 296).

9. Deveras, em sendo interpretativa, põe-se a questão de sua aplicação imediata ou retroativa, porquanto o CTN, no art. 106, é cristalino ao admitir a sua incidência aos fatos geradores pretéritos, ressalvados os consecutórios punitivos por eventual infração ao dispositivo ora aclarado e está em pleno vigor, posto jamais declarado inconstitucional. E cedição que essa retroatividade é apenas aparente. “A doutrina francesa, seguindo a opinião, tradicional, entende não constituir direito novo a lei interpretativa, pois se imita a declarar, a precisar a lei que preexiste. O mandado é mais clara e de mais fácil aplicação; não é, assim, uma lei nova, que possa entrar em conflito com a interpretada, confunde-se, invés, com esta, faz corpo com ela. E os autores italianos não dissentem dessa opinião. que tem repercussão internacional. Como nos ilustrou a relação da legislação comparada, códigos há, como o austríaco (art. 8º), que ligam uma importância considerável à interpretação da lei pelo próprio legislador: outros, como o argentino (art. 4º), apenas ressaltaram a não incidência dos casos julgados, sob os efeitos das leis, que têm por objeto esclarecer ou interpretar anteriores; o que também resulta do

art. 9º, 2ª al., do Código chileno, dando as leis, que se limitam a declarar o sentido de outras, como incorporadas a estas, sem afetarem os efeitos das sentenças judiciais, executórias no período intermédio; o português proclama (art. 8º) a aplicação retroativa da lei interpretativa, reduzindo-a, porém, a nada a ressalva de não ofender direitos adquiridos. “Nosso direito positivo, aliás harmonicamente com a boa doutrina sustentada desde o tempo do Império, e com os ensinamentos dos autores, que analisam sistemas semelhantes ao pátrio, o alcance da questão ainda diminui, eis que a lei, seja embora rotulada como interpretativa, ou assim reconhecida, nunca terá, só por isso, a virtude de retroagir, em detrimento de situações jurídicas definitivamente constituídas.” (ob. cit, pág. 294 a 296).

10. O STF, através da pena de seus integrantes, já assentou: “O Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em trabalho intitulado ‘O princípio da irretroatividade da lei tributária’, afirma, com fundamento na lição de Pontes de Miranda, que ‘não há falar, na ordem jurídica brasileira, em lei interpretativa com efeito retroativo’. Assevera o ilustre Ministro que: ‘A questão deve ser posta assim: se a lei se diz interpretativa e nada acrescenta, nada inova, ela não valê.n.ada.r Se inova» da vaje como lei nova, sujeita ao princípio da irretroatividade. Se diz ela que retroage, incorre em ir.çQn?titucionalidade ç. por isso, nada vale.’ (ob. cit., p. 20)” (Mário Luiz Oliveira da Costa, de 23/02/2005, a ser publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 115, com circulação prevista para o mês de abril de 2005).

11. A doutrina nacional também admite a Lei interpretativa, sem eiva de inconstitucionalidade. “Hugo de Brito Machado pondera que o art. 1Q5». 1 dç> CjN não foi ainda dçclarado inconstitucional, de modo que continua integrando o nosso ordenamento jurídico. Admite, assim, a existência de leis.mfranicntc interpretativa?, que

não inovariam propriamente, mas apenas se limitariam a esclareçer dúvida atinente ao dispositivo anterior. Ressalva, contudo, não ser permitido ao Estado ‘valer-se de seu poder de legislar para alterar, em seu benefício, relações jurídicas já existente” (art. cit.).

12. O STJ já declarou, v.g., que “que a Lei nº 9.528/97, “ao explicitar em que consiste ‘a atividade de construção de imóvel’, veicula norma restritiva do direito do contribuinte, cuja retroatividade é vedada”, enquanto a Lei nº 9.779/99, por força do princípio constitucional da não-cumulatividade e sendo benéfica aos contribuintes, teria “caráter meramente elucidativo e explicitador”, “nítida feição interpretativa, podendo operar efeitos retroativos para atingir a operações anteriores ao seu advento, em conformidade com o que preceitua o artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional”. Entendeu a mesma Corte que a igualmente benéfica dispensa constante da MP 2.166-67, de 24/08/2001, da “apresentação, pelo contribuinte, de ato declaratório do IBAMA, com a finalidade de excluir da base de cálculo do ITR as áreas de preservação permanente e de reserva legal, é de cunho interpretativo, podendo, de acordo com o permissivo do art. 106, I, do CTN, aplicar-se a fatos pretéritos”. (art. cit.).

13. A severa perplexidade gerada pelo advento da novel Lei tantas décadas após, não a torna inconstitucional, tanto mais que, consoante reavivado, a jurisprudência vinha oscilando, e a ratio da Lei interpretativa é exatamente conceder um norte para a adoção de regramentos dúbios, sem, contudo, impedir a interpretação que se imponha à própria Lei interpretativa.

14. Ademais, é manifestação jurisprudencial da nossa mais alta Corte que: “(...) As leis interpretativas — desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo — não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o

postulado fundamental da divisão funcional do poder. Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e a interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. (...) O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao “status libertatis” da pessoa (CF, art. 5º XL), (b) ao “status subjectionis” do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, “a”) e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade.” (ADI MC 605/DF, Rei. Min. Celso de Mello, Pleno, DJU 05/03/1993). Nesse segmento, e sob essas luzes, é imperioso analisar a invocação da Lei nos Tribunais Superiores, nos Tribunais Locais e nas instâncias inferiores.

15. Os Tribunais Superiores somente conhecem de matéria prequestionada, nos termos das Súmulas 356 e 282, do STF. Outrossim, é assente que o requisito do prequestionamento não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao E. Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. Neste dispositivo não há previsão de apreciação originária por este E. Tribunal Superior de questões como a que ora se apresenta. A

competência para a apreciação originária de pleitos no C. STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação.

16. Outrossim, os Tribunais Locais admitem o benefício *nondum deducta* deducendi do art. 517 do CPC, não extensivo às leis novas, que mesmo interpretativas não podem ser invocadas *ex novo* no Tribunal ad quem, por falta de previsão legal.

17. Nas instâncias originárias, mercê de a prescrição não poder ser conhecida *ex officio* pelo juiz (art. 219, § 5º, do CPC e art. 40 da LEF c/c art. 174 do CTN), nas ações de repetição de indébito, após a defesa, somente o novel direito subjetivo (e não o objetivo) e as matérias de ofício podem ser alegadas após a contestação (art. 303, do CPC).

18. Consectário desse raciocínio é que a Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão-somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. E que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada “surpresa fiscal”. Na lúcida percepção dos doutrinadores. “Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal.” (Humberto Ávila in Sistema Constitucional Tributário, 2004, pág. 295 a 300).

19. Sob o enfoque jurisprudencial “o Supremo Tribunal Federal, com base em clássico estudo de COUTO E SILVA, decidiu que o princípio da segurança jurídica é sub-princípio do Estado de Direito, da seguinte forma: ‘Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e

está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º). Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe o papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.” (ob. cit, pág. 296).

20. Na sua acepção principiológica “A segurança jurídica pode ser representada a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, os cidadãos devem saber de antemão quais normas são vigentes, o que é possível apenas se elas estão em vigor “antes” que os fatos por elas regulamentados sejam concretizados (irretroatividade), e se os cidadãos dispuserem da possibilidade de conhecer “mais cedo” o conteúdo das leis (anterioridade). A idéia diretiva obtida a partir dessas normas pode ser denominada “dimensão formal-temporal da segurança jurídica”, que pode ser descrita sem consideração ao conteúdo da lei. Nesse sentido, a segurança jurídica diz respeito à possibilidade do “cálculo prévio” independentemente do conteúdo da lei. Em segundo lugar, a exigência de determinação demanda uma “certa medida” de compreensibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade contedísticas para os destinatários da regulação.” (ob. cit, pág. 296-297).

21. Cumpre esclarecer que a retroatividade vedada na interpretação autêntica tributária é a que permite a retroação na criação de tributos, por isso que, in casu, trata-se de regular prazo para o exercício de ação, matéria estranha do cânone da anterioridade. (ADI MC 605/DF) Ademais, entrar em vigor imediatamente não significa retroagir, máxime porque a prescrição da ação é matéria confluyente ao direito processual e se confina, também, nas regras de processo anteriormente indicadas.

22. À míngua de prequestionamento por impossibilidade jurídica absoluta de engendrar-lo, e considerando que não há inconstitucionalidade nas leis interpretativas

como decidiu em recentíssimo pronunciamento o Pretório Excelso, o preconizado na presente sugestão de decisão ao colegiado, sob o prisma institucional, deixa incólume a jurisprudência do Tribunal ao ângulo da máxima tempus regit actum, permite o prosseguimento do julgamento dos feitos de acordo com a jurisprudência reinante, sem invalidar a vontade do legislador através suscitação de incidente de inconstitucionalidade de resultado moroso e duvidoso a afrontar a efetividade da prestação jurisdicional, mantendo hígida a norma com eficácia aos fatos pretéritos ainda não sujeitos à apreciação judicial, máxime porque o artigo 106 do CTN é de constitucionalidade indubidosa até então e ensejou a edição da LC 118/2005, constitucionalmente imune de vícios.

23. Embargos de Divergência conhecidos, porém, improvidos.” (voto-vista proferido por este relator nos autos do EREsp 327043/DF).

3. Embargos de Divergência acolhidos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 08 de junho de 2005. (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

(Ementa publicada no DJU de 27.06.2005, p. 216/217).

JUROS DE MORA. REPETIÇÃO DO IN-DÉBITO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TERMO INICIAL.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 243.463 - SP (2004/0129330-8)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO  
R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL  
PROCURADOR: CARLOS DE ARAÚJO MO-REIRA E OUTROS

EMBARGADO: CIDADE DE DEUS COMPA-NHIA COMERCIAL DE PARTICIPAÇÕES  
ADVOGADO: FERNANDO LOESER E OUTROS  
Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COM-PENSAÇÃO E RESTITUIÇÃO. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. JUROS DE MORA. TERMO *A QUO*. TRÂNSITO EM JULGADO.

I - A declaração de inconstitucionalidade do tributo não afasta a aplicação do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, devendo permanecer integralmente válido o teor da súmula nº 188/STJ.

II — Os juros de mora devem ser calculados pelo percentual de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que determinou a sua inclusão (CTN, art. 161, § 1º, c/c o art. 167, parágrafo único).

III — Embargos de divergência providos.  
Acórdão

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e FRANCIULLI NETTO, dar provimento aos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO os Srs. Ministros LUIZ FUX, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TEORI ALBINO ZAVASCKI, CASTRO MEIRA e DENISE ARRUDA. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2004. (data do julgamento).

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO  
Relator

(Ementa publicada no DJU de 01.07.2005, p. 357).

ICMS. DÉBITO DECLARADO EM GIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ART. 174 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 437.363 - SP (2004/0103263-1)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

EMBARGANTE: ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADOR: ANNA MARIA DE C. RI-BEIRO E OUTROS

EMBARGADO: JOÃO PAES DE CARVA-LHO NETO

ADVOGADO: ALTAIR VAZ DE OLIVEIRA  
Ementa

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBAR-GOS DE DIVERGÊNCIA. ICMS. DECLARA-ÇÃO. GUIA DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO (GIA). EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PRECEDENTES.

1. Quando o contribuinte declara o débito por meio de Guia de Informação e Apuração (GIA) e não efetua o pagamento, o crédito tributário considera-se definitivamente constituído a partir dessa data, iniciando-se, nesse momento, a contagem do prazo prescricional para a propositura da execução fiscal (art. 174 do CTN).

2. Embargos de divergência a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos, mas negar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento a Sr Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 8 de junho de 2005. (data do julgamento).

(Ementa publicada no DJU de 01.07.2005, p. 358).

EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 591.954 - SP (2004/0127763-4)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

EMBARGANTE: PAULO SÉRGIO LEITE  
PROCURADOR: BRUNO SACANI SOBRI-  
NHO E OUTRO

EMBARGADO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: VERA EVÂNDIA BENINCA-  
SA E OUTROS

Ementa

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO QUOTISTA. ART. 135, III, DO CTN.

1. “Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade” (EREsp n. 260.107, Primeira Seção, Ministro José Delgado).

2. Em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o sócio que não participa da gestão da empresa não deve ter a execução fiscal redirecionada contra si.

3. Embargos de divergência providos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do

Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento a Sr\*. Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 8 de junho de 2005. (data do julgamento).

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Relator

(Ementa publicada no DJU de 01.07.2005, p. 359).

IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA SOBRE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PAGOS EM ATRASO. FORMA DE CÁLCULO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.72.09.001711-7/SC

RELATOR: Des. Federal ANTONIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA

APELANTE: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO: Jacqueline Araújo Oliveira

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO: Mauro Luciano Hauschild

APELADO: ARN0 MELENTINO DA SILVA

ADVOGADO: Osni Muller Junior e outro

REMETENTE: JUÍZO FEDERAL VF E JEF

CRIMINAL DE JARAGUÁ DO SUL

Ementa

TRIBUTÁRIO - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - INCIDÊNCIA SOBRE O SOMATÓRIO DE PROVENTOS PAGOS EM ATRASO - INADMISSIBILIDADE. “No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a

que se referem tais rendimentos, nos termos previstos no art. 521 do RIR (Decreto 85.450/80). A aparente antinomia desse dispositivo com o art. 12 da Lei 7.713/88 se resolve pela seguinte exegese: este último disciplina o momento da incidência; o outro, o modo de calcular o imposto.” (RESP 424225/SC, 1ª Turma, Rei. Min. Teori Zavascki, DJ de 19/12/2003, p. 323).

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 14 de junho de 2005.

Des. Federal ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA

Relator

(Ementa publicada no DJUII de 06.07.2005, p. 595).